كتاب ـــــ عدة الفروق

في تلخيص ما في المذهب من الجموع والفروق
لحافظ المذهب وزعيمه أبي العباس
سيدي أحمد الونشريسي مؤلف
كتاب المعيار المعرب
وغيره رحمه الله
تعالى ورضي
عنه

بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

الحمد لله الذي وسعت رحمته كل شيء وعمت نعمته كل ميت وحي
والصلاة والسلام على سيدنا ومولانا محمد الذي فرق بين الحق والباطل
فأذهب كل ضلالة وغي المبعوث لكافة الخلق من آل لؤي صلى الله
عليه وعلى آله وأصحابه الذين محوا بسيوفهم الكفر وأعلنوا الإسلام
ونشروا أعلام الشريعة بعد الطي صلاة وتسليما يفوح عرفهما في الروي
أما بعد فإني قد كنت وضعت في الجموع والفروق مجموعا مطبوعا وسميته
بعدة البروق في جمع ما في المذهب من الجموع والفروق ويشتمل به على جمل
كثير من أمهات المسائل الواقعة في المدونة وغيرها من أمهات الروايات ثم إن
بعض الشيوخ مؤلفا جرأة وتسليطا على الأموال والمهج انتهبه في جملة الأسباب
مني وغاب به عني فأدركني من ذلك غاية المشقة والحرج فلجأت إلى
الله تعالى في تجديده وقرعت باب الفرج بعون الله عز وجل باب الكريم لإعادته
وتجديده فجاء بحمد الله وتأييده على وجه أتم من الأول وأبهج والله أسأل
أن ينفع بجملته وتفصيله كل من سعى في اقتنائه وتحصيله إنه ولي ذلك
فنعم المولى ونعم المالك

فروق كتاب الطهارة

وإنما يكره أن يتوضأ بماء قد توضئ به مرة ولا يكره أن يتيمم بتراب قد تيمم به
لأن الماء لا بد أن يتعلق به أوساخ ولا كذلك التراب قاله عبد الحق وابن رشد
وإنما لا يطهر ثاب العيل بالغلي على المشهور ويطهر جلد الميتة بالدباغ لأن تأثير
الدبغ في الجلد أقوى من تأثير الغلي في ثاب العيل وإنما أثر القليل من النجاسة في

الكبير

الكثير من الطعام ولم يؤثر في الكثير من الماء لأن الماء له مزية التطهير أي انه يطهر
غيره بخلاف سائر المائعات وإنما استحب للمرعف أن يتحفظ بالقلادة ولم
يستحب لذي السلس والجرح لأن سبب عذر الأول منفصل عنه وسبب عذر الثاني
متصل به وإنما يستحب غسل الخارج من الجرح والدم إذا تفاحش ويجب غسل
التفاحش عن دم البراغيث لأن السلس لازمة الرجل والخارج منها الأكثر لأنه لا ينفك
بزمان الثوب دون البقعة ولا بزمان البقعة دون الثوب فكان غسله لذلك وإنما
يعفى عما يصيب الخف والنعل من أرواث الدواب وأبوالها ولا يعفى عما يصيبهما
من غيرهما كالدم والعذرة لأن الدم فإنه لا تسلم في الأغلب من أرواث الدواب وأبوالها
فيعفى عن ذلك للضرورة والدم والعذرة لا يحصل الدم فإن ابن ناجي إذ ليس من
شأن الناس أن يكون مواضع ذلك فيهما وأيضا نجاسة الدم متفق عليها وأرواث الدواب
وأبوالها مختلف فيها فكانت أخف تنبيه قيد سحنون العفو بالمواضع التي تكثر
فيها الدواب وأما ما لا تكثر فيه الدواب فلا يعفى عنه وكذا بعض جملة الحلبة أن
تقييد سحنون لا يحتاج إليه لأنه معلوم ما علل به مالك من مشقة التحرز منها وليس كما قال لأنه
لا يلزم من مشقة التحرز منها في الطرقات وجود كثرة الدواب في محلها والله تعالى أعلم
وإنما قال ابن حبيب بالعفو عن الخف دون النعل لأن المشقة في خلع الخف أشد منها في النعل من
جهة نزعه وإسداله وهي في النعل أيسر منها في الرجل وإنما قال ابن وهب ورواه عن مالك
ينضح بول الغلام ويغسل بول الجارية لأن الصبي مخلوق من تراب فإذا مسه الماء كما ثبت
أن جهته والمرأة خلقت من ضلع وإذا مسه الماء زاده نتنا تنبيه قال ابن بشير وتفرقة
ابن وهب بأن الذكر خلق من تراب والأنثى من ضلع ليس بشيء لأن المخلوق من تراب ومن ضلع هو
آدم وحواء وأما من بعدهما فهو مخلوق من نطفة ومتغذ في الرحم بدم الحيض فلا يقال فيه
يرجع إلى الأصل وإنما قال مالك في المدونة يبلغ فيه الكلب إن كان يغسل سبعا في الماء
وحده دون الطعام مع أن الحديث ليس فيه تخصيص الماء من غيره لأن أواني الماء هو الذي
يحرسها الكلاب غالبا ويستند لها الناس ولا يكاد تحلو وأما أواني الطعام فشأن الناس

التيقن عليهما بخلاف مسألة الكلاب في الاغلب منه فانه احرى ان يعلق على قلة غيرها للكلاب
في انه غالب وايضا فانه لما كان يطهر غسل الاناء منه سبعا تعبدا لم يرتفع
عندنا العفو عنه في مسألة العذرة مع اجل حق غسل الاناء سبعا انما هو عبادة لا للنجاسة
فلا فرق في مسألة العبادة بين ان يخرج ماء الاناء ويتركه وانما قال وكذلك من صلى
بثوب نجس او على مكان نجس انه يعيد في الوقت والوقت في الظهر والعصر الى
الاصفرار وفي المغرب والعشاء الليل كله لان التنفل ورد عن ابن القاسم في الفائتة بعد
الاصفرار فلما كانت الصلاة فيه يجوز فيها النافلة [illegible] الليل فانه لم يرد فيه
نهي فيعيد الصلاة في جميعه الى طلوع الفجر تنبيه لم يرتض الشيخ ابو الحسن
اللخمي رحمه الله مسألة العذرة وقال انه يتم لان ابن عادات بنية العرض لا بنية النفل
وانما قال ذلك اذا لم يتبين موضع النجاسة من الثوب يغسل جميعه وقال اذا
اختلط ثوب نجس وطاهر ولم يتبين الطاهر منهما يتحرى احد الثوبين الاظهر في كل واحد
من الثوبين على انفراده الطهارة فيستند اجتهاده الى الاظهر وليس كذلك في الثوب الواحد
لان حكم الاصل فيه الطهارة لتحقق حصول النجاسة فيه فيجب غسله قال ابن شعبان
ولا يتحرى ما فيه وانما قال ذلك اذا صلى بثوب نجس وجد غيره او ما يغسله به يعيد في
الوقت واذا صلى في ثوبه نجاسة في الصلاة الواجبة انه لا يعيد لان الصلوات ليس لها
وقت محدود فاشبه الصلاة الفائتة قاله ابن يونس وانما تجوز الطهارة في وقت
الضرورة وجعل المكلف اذا صلى بثوب نجس او بدن نجس او على مكان نجس يعيد ما دام الوقت معلوم
ولم يجعل ذلك في الفجر لان [illegible] فيه على وقت الاختيار لان الاعادة في الوقت انما
هي استحباب فاشبهت النفل فكما ان النفل لا يوقع في هذا الوقت فكذلك ما اشبهه
فان قلت النفل انما يمنع من بعد صلاة الفجر لا من بعد طلوع الفجر قيل ذلك مسلم
ولكن هذا كره منع بعد طلوع الفجر ما لا ينبغي كرهه وبعد الفجر وانما جاز تفريق
النية على اعضاء عند بعض اهل بنا ولا يجوز تفريقها على ركعات الصلاة وان كان
مع ان كلا منهما عبادة تبطل بالحدث لان الوضوء يجوز تفريقه فاشبه من جنسه ولا

يعضد

يفسد التفريق اليسير فجاز تفريق البنية على اركانه ولا كذلك الصلاة فانه لا يجوز
ان يتخللها ما ليس من جنسها ولا يجوز فيها التفريق اليسير فلا يجوز تفريق البنية على
اركانها وفيه نظر. وانما قال سحنون في الجنب تحيض وفي الحائض تجنب فتنوي الحيض انه
يجزيها واذا نوت الجنابة لم يجزها لان الحيض اكثر موانعا لانه يمنع الوطء
والصلاة والصوم ووجوب الصلاة فكان حكمه اشد واغلظ من حكم الجنابة فاذا
اغتسلت له اجزاها عن الجنابة بخلاف العكس. فتنبيه: خرج الباجي نية الذمية كثير
يقول انها تجزي وانما يجبر المسلم زوجته الكتابية على الغسل من الحيض ولا يجبرها
على الغسل من الجنابة لان المسلم لا يجوز له وطء زوجته حتى تغتسل من الحيض ولما
كان الحيض مانعا من الوطء كان له اجبارها على الغسل ليستوفي حقه من الوطء
بخلاف الجنابة فانها غير مانعة من الوطء فلم يكن له اجبارها عليه. وانما قال
مالك يكرر الغسل ولا يكرر المسح مع ان الجميع كمال وطهارة لان الغسل موضوع على التثقيل
فدخله التكرار لانه لا يخرجه عن موضوعه والمسح موضوع على التخفيف فلم يدخله التكرار
لانه يخرجه عن موضوعه. وانما لم يجز المسح على العمامة والخمار ويجوز على الخفين
لان المشقة في نزع الخف عند ارادة الوضوء لاحقة ولا تلحق في مسح الرأس. فتنبيه:
قال ابو حنيفة يجوز المسح على العمامة وحدها وحجة الاول ما روي ان
النبي صلى الله عليه وسلم مسح ناصيته وعلى العمامة وذلك عندنا محمول على انه
فعله لعذر للدلالة على وجوب التعميم وهذا الحديث حجة لنا على التعميم
اذ لولا التعميم لاقتصر على مسح الناصية والآخر ان العمامة حائل بينه وبين الرأس
فجاز المسح عليها قياسا على الشعر قال ابن رشد وهذا سمعته من بعض المدرسين
بالمدرسة الكاملية فقلت له قولنا الواجب انما هو مسح البشرة فلما تعذرت
البشرة انتقل الحكم للشعر والقاعدة انه اولى ان الحقيقة انما تعذرت وكان
لها مجاز واحد تعين الحمل عليه وان كان لها مجازان احدهما اقرب حمل على الاقرب واذا
حمل على الاقرب فيحمل على الابعد والشعر والعمامة حائلان ومجاوران للبشرة لكن

المراد الشعر لانه مجاز اقرب فتعين الحمل عليه واذا تعين الحمل عليه لم يحمل على العمامة
عملا بالقاعدة. فتحصل رحمه الله قاعدة واجلسني بازائه واستشعر ذلك غاية
ولهما قال مالك لا يعيد مسح رأسه اذا حلقه ويغسل رجليه اذا خلعهما بعد ان مسح
عليهما مع انه في كلا الموضعين ماسح على حائل دون البشرة لان شعر الراس انما ينبت
ويستر بدلا عن بشرته فاذا مسح عليه ثم زال فقد سقط الفرض عنه كما لو غسل وجهه
ثم سقطت جلدته ولا كذلك الخفان لانهما بدلان عن الرجلين والبدل يبطل حكمه بظهور
مبدله وايضا الشعر اذا حلق بقيت اصوله ملتصقة بالبشرة فلم تكمل البشرة مكشوفة
كما يوجد عند زوال الخف فلذلك لم يلزم اعادة. تنبيه الزم بعض الشيوخ
القاضي ابا الوليد القائل ان مسح الشعر اصل لا بدل ان يسقط المسح على الراس بحلقه كما
كما يسقط الغسل عن الاقطع ولا قائل به وانما اوجبوا الوضوء على من تيقن الطهارة
وشك في الحدث على المشهور خلافا لابن يعقوب الرازي ولم يوجبوا الفراق على من تيقن
العصمة وشك في الطلاق لان الوضوء ايسر من الطلاق وايضا اسباب نقض الوضوء
متكررة غالبا بخلاف اسباب الطلاق. تنبيه لما قرر القاضي المقابل ابو عبد
الله بن عبد السلام الفرق بمشقة الطلاق دون الوضوء قال وقد اشار اليه في المدونة
من الفرق اخصر وذلك انه جعل الشك في الحدث من الشك في الشرط والشك في الشرط
شك في المشروط وذلك مانع من الدخول في الصلاة والشك في الطلاق شك في حصول
مانع من استصحاب العصمة والشك في المانع لا يوجب التوقف بوجه والنكتة ان
المشكوك فيه مطرح فالشك في حصول الشرط يوجب طرح الشرط وذلك يمنع الاقدام
على المشروط والشك في المانع يوجب طرحه وذلك موجب للتمادي ه‍ قال ابن عرفة
رحمه الله من تامل وانصف علم ان الشك في الحدث شك في مانع لا في شرط لكنه في مانع
من مشروط في غيره والمعروف ان الشك في المانع لغو مطلقا ويبطل قوله النكتة
ان المشكوك فيه مطرح والمشكوك فيه في مسألة الوضوء انما هو الحدث لا الوضوء
وانما قال انما يحمل القاضي يستحب الغسل للكافر اذا اسلم وان كان جنبا يجب

ابن سلام ولم يقل باستحباب الوضوء مع ان مقتضى عموم الاسلام يجب ما قبله
شاملا لما سبق من الكفر الا ان الوضوء خرج بمقتضى عموم قوله تعالى اذا قمتم الى
الصلاة فاغسلوا وبمقتضى عموم قوله عليه الصلاة والسلام لا يقبل الله
صلاة احدكم اذا احدث حتى يتوضأ فيبقى الغسل داخلا في العموم الاول ولم يعارضه
شيء. قاله شيخ شيوخنا ابو عبد الله بن مرزوق رحمه الله وانما شرع التيمم
في الوجه واليدين دون الراس والرجلين لان العرب من عادتهم ان تجعل التراب على
رأسها الا عند حزن او لامر كارث والرجلان لا يمسح عليهما بالتراب لان محلهما بالتراب
بكرة وعشيا قاله الشاذلي في مجالس الشريعة وايضا وضع التراب على الراس
علامة العذاب من الغضب والله عز وجل حجب العذاب عنهما ولا تكون منهما حرقة
فلذلك لم يؤمر به قاله القشيري في كتاب البواقيت وانما لا يبطل التيمم بوجود الماء
في الصلاة على المعروف في المذهب خلافا لما في الكافي عن بعض اصحاب وتعلل
بالقياس على معتدة الشهور ترى الدم اثناء عدتها وقال ابنه سحنون قال في الكافي
وهو الصحيح نظرا واحتياطا وتبطل في حق العريان يجد ثوبا في الصلاة وذلك صلاة
وقاله ابن القاسم ومن فرع عليه وان في صلاة الجمعة لان العريان لا بدل له والذاكر
معه كم وتسبب قاله ابن القاسم وتعذر العذر بالنزول مع بالوصول في الاول فتنبهه
رد ابن عرفة رحمه الله قياس صاحب الكافي مسألة التيمم على معتدة الشهور ترى دما
اثناء عدتها بان تمكنها النزوع اثناء العدة ووجود الماء اثناء التيمم وتمكينه في الصلاة
وجود الدم بعد حلية التزويج وموته جواب معارض المعروف في التيمم بالمعتدة وانما
لزمه قبول الماء اذا وهب فالتيمم في الاول فتنبهه قال ابن عبد السلام رحمه الله
اذا كانت الهبة انما هي لاجل تحصيل الماء حتى ان الموهوب له لو شاء صرف الثمن
غير الماء منعه الواهب من ذلك فكأنه وهبه الماء فلم لا يلزمه القبول ويحتمل ان يقال
في مسألة الثمن انما يمنعه لحيازة كما لو وهب له ثوبا وشرط عليه الا يبيع ولا يهب
فان قلت هذا لازم في الماء لانه اذا وهب له لا لكمالية لم يكن للموهوب له

من وقفه في غيرها فيقع صفقة الماء من الجميع فاذا صفقة الزوائد والنوب فلت الجمهور
الخارج من تعلق الملك في الصفقة فهو لا يكون للموهوب له من التصرف فاذا الموهوب مثل ما
للواهب وفي صفقة الماء فقد ساوى الموهوب له الواهب الا ترى ان الواهب لو اعطى
الى الماء مثل الموهوب له لما جاز له ان ياخذ عن ملكه بصفقة او غيرها فتنبه فلان
سئل ابو عبد الله بن مرزوق والسؤال في غاية الطول والجواب في غاية الشفوف اذ لا
يتم له الا في واهب عن فضله من الحاجة الى الموهوب لحاجة الموهوب له البتة لانها
ح بنسا وبارق فقد قال لا يمنع للواهب في هذه الصورة اخراج الماء عن ملكه ببيع ولا
صفقة بتبرع فيه من هذه المسألة وفهم منها ان تعدد ثبوت هذا الجواب يؤدي الى رفعه وكل
ما ادى ثبوته الى نفيه فهو محال فهذا الجواب محال وفهم انها انما يتبين الحكم فيمن
اراد غيرها على هذا الجواب لانه خارج والسؤال عام فاسد لانه لا ثبوت له ولا خصوص
ولا عموم وانما لزم شراء الماء بالدين ولم يلزم اقتداء الثمر ليستنزي به والجامع ان
في كل منهما عملا ولا الزفقة في الحالين لان الشراء بالدين لا منة فيه اذ هو احد انواع البيع
وفرض الثمر فيه المنة فلا يلزمه تحملها وهذا الفرق يشبه من بعض الوجوه ما الفرق بين
صفقة الماء والثمر وانما منعوا المحرم من لبس الخف وان وقع عليه في التعليق واجازوا
للمحدث التيمم اذا وقع عليه في ثمن الماء لان المحرم مختار للبس الخف ولو شاء لمشى من غير
خف وفي التيمم هو مضطر غير مختار وكان ابن عرفة يقول عبد الحق وانما يظهر البطلان من
سقطت نفقته فيها ولا يخفى من كان عليه الماء في اثناء الصلاة وقع ان المشي على حبال
الفرضة مشروط بكونها على فرضه اذ لو مشى على غيرها ومن باب اولى وقفها على
الفرضة بغير المشي لم يجزه بالاتفاق والصلاة بالتيمم مشروطة بعدم الماء والشرط
قد بطل في كلتا الصورتين فيلزم بطلان المشروط لان مسألة الجبيرة المشروط فيها وهو
المشي قد انتفى عن العضو انتفاء حسيا ضروريا لسقوط الجبيرة التي باشرها المسح
عنه فيلزم انتفاؤه حكما بل هو ضروري لحصة ومسألة التيمم المشروط فيها هو
التيمم ولم ينتف عن العضو حسا وانما انتفى الحكم مما بطل اولا ولا يلزم من بطلانه لان

حكم المشروط حيث المشروط منتف حسا بخلاف حكمه حيث موجود منتف حسا وانما سقوط
الجبيرة بمثابة قطع اصبع ونحوها من نقص اعضاء التيمم في الصلاة لانه حرج فينتفي في
المشروط وهو التيمم عن تلك اللمعة حسا لفقدانه موضع القطع لمعة فينتفي حكمه
كالجبيرة فقد هذا يفترق كما يفترق في الجبيرة وانما يعيد في الوقت من تيمم على موضع
نجس ويعيد ابدا من توضأ بماء نجس كما مر في ان الكل كطهارة حدثية لا ازالة فيتوهم انه
حقيقة نجاسته بالخواص والمعيد لا يعلم ذلك فيه وانما تعلم كما رئي بالاجتهاد
فلذا تيمم بالاجتهاد في مقداره وفرضه ولو امر ثلاثة بالتيمم على الارض اخرى لتعلقنا من اجتهاده
الى المصلحة للغرف قاله ابو بكر الثعالبي تنبيه هذا الفرق ضعيف جدا لان الفرق الذي
يتوهم الفقيه بالخواص في الماء هو ما غلب عليه من النجاسة وبذلك يتوهم الفقيه في
التراب ولان الاجتهاد في المياه يجوز ان ظهور النجاسة التي لم تغيرهما عليهما ممكن فيجوز ذلك
في الارض ايضا مع ان قد يقل فيه النجاسة من الارض في جنبة الكلا ههنا قليل وهو في الكثير
نفيه معتبر مع ان اعتبار التجويزات بغير علامات لا اصل له في الشرع وهو من الوسواس
وانما قالوا فيمن افتتح الصلاة بالمسح على الخف تبطل صلاته اذا بدت قدمه في الصلاة
وقالوا فيمن وجد الماء في صلاته بالتيمم انه لا تبطل لان من افتتح الصلاة بالمسح على
الخف انما بطلت فيه الصلاة لان المسح الذي قام مقام الغسل وصارت الفروض لا مغسولة ولا ممسوحة
وكذلك وجود الماء اذ ما يجب بوجوده بطلان الصلاة لانه تردد ان الحرب يتيمم مع وجود
الماء ولا يجوز له ولا يجوز له ان يصلي بالمسح مع ظهور القدمين وعدم غسلهما قاله
ابن القصار وانما جاز المسح على الخف عقب الطهارة المائية ولم يجز عقب الطهارة التيمم بدا
مع ان الجميع طهارة تستباح بها الصلاة لان التيمم لا يرفع الحدث فلم يجز له ان يمسح فلبسه
لا يرفع به الماء فيلزمه غسل رجليه ولا كذلك الطهارة المائية فانها ترفع الحدث
حتى افرد من التيمم فافترقا وانما لم يجوزا للغنم والبقر والشعر على الدابة التي في السبع
الا اذا قيل وجوز التيمم في كل شيء على احد القولين لان الخروج عن قبل ان فاقة مكمنة عدم
الماء فيصح التيمم ولا كذلك الغنم والبقر ان الحكم فيهما منوط بالشفقة وكثيرا ما

الطول المغتفر بالتيمم ونحوها الثمانية وان يعيد مثلا ونحوها فيعتبر الحاضر وانما
لم يوجبوا الاعادة لان ابتداء على من نسي الماء في رحله وصلى بالتيمم ومن نسي رقبة
كفارة ونحوها ولم يتذكرها حتى صلى انه يجزئه صومه لان التيمم قد يجوز مع وجود
الماء للعذر في استعماله بخلاف جواز ترك الماء مع وجوده على وجه والصوم لا يكون مع
وجود الرقبة على وجه وايضا التيمم رخصة فيه وقت الصلاة والتكفير بالرقبة متعلقة
بوقت يخاف فوته فمتى وجدت الرقبة فهو وقت لها فوجب ان يجزئه الصوم كمن وجد
الماء في الوقت لانه كان في حين الاداء واجد الماء والوقت فلم يجزه ما ادى قاله ابن
يونس تنبيه هذا الذي قاله ابن يونس يحسن اذا قلنا بان الكفارات على التراخي
واما اذا قلنا بانها على الفور ففيه نظر والله اعلم وانما قال مالك تصلى النافلة
بتيمم الفريضة ولا تصلى الفريضة بتيمم النافلة مع ان الكل صلاة لان فيه تنبيها
على ان النوافل تبع للفرائض لان الفرائض اكد فلما كان له مركز ذلك جاز ان تصلى
النافلة بتيمم الفريضة لانها تبع لها ولم يجز ان تصلى الفريضة بتيمم النافلة لان في
ذلك خلاف الاصول اذ تصير الفريضة ح تبعا للنافلة وانما قال مالك لا يمسح
على الخفين من لبسهما على طهارة بالماء كاملة ويمسح على الجبائر والعصائب وان
شدت بغير طهارة لان لبس الخف موقوف على ارادته واختياره بخلاف لبس الجبائر
والعصائب فانه غير موقوف على اختياره فانه قد يحتاج اليها ويحتاج على غير وضوء
وانما صحت طهارة غاصب الخف اذا مسح عليه كالصلاة في الدار المغصوبة
والحج بالمال الحرام والتوضي بالماء المغصوب والصلاة بالثوب المغصوب والذبح
بالسكين المغصوب ولا يصح مسح المحرم العاصي بلبس الخف لان المحرم فمنهي في
طهارته بالغسل ولم يات به فلم تحصل حقيقة المامور به وغاصب الخف اتى بالمامور
به ولكنه جنى على صاحب الخف وكذلك ما بعدها من المسائل المامور به فذو جهتين
فيهما والعلة في المجاور تنبيه قال ابن عرفة لا نص في الخف المغصوب وفيه نظر
وقياسه على المحرم يرده بان حق الله اكد وقياسه على مغصوب الماء يتوهم بانه

والثوب يصلي به والقربة يتوضأ منها والكلب يصاد به والحلال يحج به والصلاة
في الدار المغصوبة ترد بأنها عزائم لأرباب الرخص فلا تقاس الرخصة ومنع المسح
على العزائم ورده الشيخ أبو العباس بن ادريس البجائي وقيام الفرق في المسح على الخف
المغصوب على المتوضي بالماء المغصوب بأن المغصوب نفس استعماله في الوضوء وان
وتعلقت قيمته بذمة الغاصب وبطل وجوب رد عينه سواء قلنا كل عضو يطهر بانفراده
أم لا فما حصل الوضوء الا حالة فواته وتعلق قيمته بالذمة في حالة وجوب رد
عينه وأجاب القاضي أبو عبد الله بن عقاب التونسي عن الثاني فقط
بالفرق بين المشي لطاعة والمشي لحرام وذلك أن المحرم المشي في خفه نفس حرام ومنه لبس
الخف وقت أنه حرام فتمحض هيئته بقوة المنافاة بين أنه حرام ولبس الخف والمتوضي
المشي في خفه نفس غير لانه ممنوع من لبس الخف المغصوب وفي الوضوء وقبله وبعده
فلا منافاة بين لبس الخف والوضوء فتمحض هيئته فينزل الأول منزلة ذي الآلة المطابقة
والثاني منزلة التضمن وقد يعلم من هذا أن الغاصب ان مشى لطاعة أخف من المشي لحرام ولما
فلا يمكن الجبر انه يورث حرا أو نفسا انه يصلي بالحرير ثم بالنجس وهذا كالابد لان
المحرم المشي عنه عام في الصلاة وغيرها فلا منافاة بينه وبين الصلاة فتمحض هيئته
والمشي عن النجس خاص بالصلاة فقوية المنافاة بينه وبينها ولا أيضا فقد يفرق
بأن المشي في حق المحرم من حق الله وفي حق الغاصب من حق الآدمي والأول أيسر وأيضا
فالمحرم عاص بلبس الخف من حيث كونه خفا له بدل صفة زايدة والغاصب لم يعص
بلبس الخف من حيث كونه خفا بل من حيث وصفه العارض له فلا يلزم من منع الأول
منع الثاني ولهذا قال مالك إذا انقطع دم الحيض عن الحائض وعدمت الماء تتيمم
وتصلي ولا يطأها زوجها بحكم التيمم مع أن الحيض مانع من جميع ذلك ثم ان التيمم
لما كان ضرورية سوغها الشرع ثم ضبطها حق الصلاة أخفيا كما لما ان يفوت
ولا كذلك الوطء إذ لا ضرورة تدعو اليه لانه لا يفوت وأيضا فلا فات
الاختيار يشغل التيمم وتعود الى حالتها الاولى ولم يمن أن يستباح الوطء بالتيمم

وإنما تقضي الحائض الصوم ولا تقضي الصلاة وكلاهما عبادة بدنية لأن المشقة
تلحق في قضاء الصلاة لتكررها ولطول الوقت القضاء لشق ذلك عليها ولأنها متى
نشأ غلقت به تعطلت عن اشتغالها وعما يصلح من شأنها وليس كذلك الصوم إذ لا
مشقة في قضائه إذ هو غير متكرر في السنة وربما حاضت فيه وربما لم تحض تنبيه
قال في القبس نكتة ومن الغريب أنه سئل بعض الشيوخ لم لا تقضي الحائض الصلاة
كما تقضي الصوم وكلاهما فرض فأجاب عن ذلك فقال نعم إن حواء أول حيضة منها
أتاها الحيض وهي في الصلاة فسألت آدم عليه السلام عن ذلك فأوحى الله
إليه أن مرها تترك الصلاة فأتاها الحيض وهي صائمة فتركت الصيام قياسا
على الصلاة ولم تسأل عن ذلك فأوحى الله إلى آدم أن مرها تقضي الصيام عقوبة
لترك السؤال فلينظر هذه دعوى فارغة طويلة عريضة لا برهان عليها وفيه أمر
ولا ضير ومن عجائب حجج أهل الظاهر في إبطال القياس وإنما جاز للحائض أن تقرأ
ولا يجوز للجنب أن يقرأ مع أن كل واحد منهما موجب لغسل البدن كله لأن الحائض تطول
مبنية على أن الضرورات تبيح ما لا يبيح غيرهما والضرورة داعية لقراءة الحائض
لأنها متى منعت من القراءة أدى ذلك إلى نسيانها لطول أمدها ولأنها لا يمكنها
رفعه عن نفسها بخلاف الجنب فإنه لا ضرورة به إلى ذلك لأنه يمكنه رفع ذلك
عن نفسه وإنما قال مالك يتوضأ الجنب إذا أراد النوم ولا تتوضأ الحائض لأن كلا
إنما نعتبر موجب الغسل لأن الجنب قادر على رفع حدثه بالاغتسال فلما تركه غلظ عليه
بالوضوء وليس كذلك الحائض لأنها غير قادرة على رفع حدثها فلم يتوجه عليها تغليظ
لأنها معذورة بترك الاغتسال

فروق كتاب الصلاة

وإنما قالوا في الغالط في القبلة يوم الغيم يعيد صلاته في الوقت والغالط في
الوقت يعيدها أبدا لأن الغالط في القبلة لا يؤمن عليه من الخطإ في القضاء كما لا
يؤمن عليه في الأداء والغالط في الوقت إذا انكشف له بظهور الشمس أنه صلى

ولا تقضي الحائض الصلاة وإذا علمت قضاء الصوم دون عشرة

ع

المغرب

المغرب قبل غروبها فانها اذا اداها بعد الغروب امن الوقوع في الغلط الذي وقع
فيه في اداء [illegible] ولهذا لم يجز تقليد احد المجتهدين للآخر في القبلة والاواني وجاز ذلك
في غيرهما من المسائل الفروعية لان الجماعة في الصلاة مطلوبة للشارع صلوات
الله عليه فلو قلنا بالامتناع من الاقتداء مع الخلاف في المذهب لادى الى
تعطيل الجماعات اذ [illegible] في حالة الغفلة او قلة الجماعات واذا امتنعنا من ذلك في القبلة
ونحوها لم يخل ذلك بالجماعة لندوره ووقوع مثل المسائل وكثرة وقوع الخلاف في
مسائل الفروع قال عز الدين بن عبد السلام الشافعي رحمه الله تنبيه سئل
الشافعي رحمه الله عن مثل المسائل فقيل له لم جاز ان يصلي المالكي خلف الشافعي
والشافعي خلف المالكي وان اختلفا في مسح الرأس وغيره من الفروع ولم يجز للواحد
من المجتهدين في الكعبة والاواني ان يصلي خلف المجتهد الآخر فسكت ولم يجب عن ذلك
واجاب القرافي بما اثبته في كتابه الموسوم بايضاح المسالك الى قواعد الامام ابي عبد
الله مالك فراجعه فيه وانما قالوا من اجتهد فاخطأ القبلة اعاد اتفاقا وانما
اختلف هل يعيد في الوقت او ابدا او العمد [illegible] يشترط [illegible] في الوقت
وقالوا فيمن [illegible] لغسل [illegible] الرعاف [illegible] في غير الجمعة [illegible]
[illegible] انه لا اعادة عليه مع انه [illegible] المجتهدين للآن [illegible]
له الغلط في القبلة [illegible] على وجه [illegible] وكذلك [illegible] في [illegible]
[illegible] لانه لا [illegible] على [illegible] الكلام [illegible] وانما [illegible]
الشيطان من الاذان [illegible] من الصلاة مع ان شأن الصلاة اعظم لان الاذان [illegible]
[illegible] منه [illegible] تميز [illegible]
[illegible] وايضا [illegible] من الاذان ليلا يشهد به للمؤذن لا يسمعه شيء الا شهد له
يوم القيامة وكأنه [illegible] عن الشهادة له وان علم انه [illegible] عنها
كما في [illegible] في الشهادة [illegible] او [illegible] في [illegible] شهادته
[illegible] بها وايضا المؤذن داع الى الجنة والشيطان داع الى [illegible]

[illegible] في [illegible] الصلاح [illegible] عن [illegible] فلا [illegible] عنه [illegible] للانه ذكر في باب [illegible]

لا يجتمعان وهو مليح وشبهه وإنما تُمُيِّز الأذان بالشهادتين لأنه يمكن أن يقال كان
ذلك لأنه دعاء إلى الله تعالى وإنما قيد حبسه على عباده فاحتيج إلى الشهادتين
على التبليغ كما احتيج إليهما للعمل بها والمقام كبير وهذه الشهادة كشهادة الأمة
يوم القيامة في تبليغ الأنبياء إلى الأمم على ما جاء في الحديث وأيضا فما عمة
الله بالجملة محاربة للشيطان ومجاهدة له والغزو إنما هو عند كشف الغطاء وبلوغ
الغاية في الجهاد ميزانه بالعدوان وليس في العبادات أبلغ في هذا المعنى من الأذان ويؤكد
هذا قوله صلى الله عليه وسلم ساعتان يفتح لهما أبواب السماء وقل داع ترد عليه
دعوته حضرة النداء للصلاة والصف في سبيل الله يعني أنهما ساعتا جهاد
وإنما قال ابن القاسم يحكي الأذان في النافلة دون الفريضة مع أن كلا منهما صلاة
لأن النافلة أخف رتبة من الفريضة جاز فيها ما لم يجز في الفريضة فتنبيه هذا
المعنى يقتضي أن الشروع لا يصير غير الواجب واجبا وإن حصر فتبقى رتبته دون رتبة
الواجب الأصلي وإنما قال في المدونة ومن سمع المؤذن فليقل كقوله وإن كان في نافلة
وقال لا يصلي المعتكف على جنازة وإن انتهى إليه زحام المصلين مع أنه في كلا المسألتين
قربة داخلة على قربة أخرى مقصودة لأن صلاة الجنازة إنما هي على الكفاية يحملها
بعض الناس على بعض وليس تعميم بكل إنسان ولا تلزمه بعينه فلم ينبغ له أن يدخل
على نفسه ما ليس بمتوجه عليه في عينه وحكاية المؤذن تلزم كل واحد في خاصته
لا ينوب في ذلك أحد عن أحد قيل وهذا يحسن لو كانت حكاية المؤذن واجبة وهي لا تجب على
المشهور وأيضا حكاية المؤذن ذكر من الأذكار من جنس ما هو فيه مما يفعله في أفعال
صلاته وصلاة الجنازة ليست من جنس ما هو فيه المعتكف وأيضا فإن حكاية
المؤذن أمر قريب يسير وأمر الجنازة يطول الاشتغال فيه قال عبد الحق في التهذيب
وإنما جوزوا الأذان للصبح قبل الوقت دون غيرها لأن الصبح يدرك الناس نياما فا
يحتاجون للتأهب لها وإدراك فضيلة الجماعة وفضيلة التغليس وسائر الصلوات
تدرك الناس متصرفين في أشغالهم فلا يحتاجون إلى أكثر من إعلامهم بحضورها قال ابن

يونس



يونس وانما قال ذلك يرد المصلي السلام اشارة ولا يرد المؤذن والملبي
اشارة مع ان كلا منهما ممنوع من الرد فلكون ان المصلي ممنوع من الكلام في الصلاة
ومن تكلم عامدا بطلت صلاته فجعلت له السلام اشارة بدلا عن النطق الذي
هو مبطل للصلاة والاذان والتلبية لا يفسدهما الكلام اذ لو تكلم كلاما
اجنبيا لم يفسد اذانه ولا تلبيته فلم يجعل لهما بدل وايضا لما كانت الصلاة
شانها فما يكون جعلت الاشارة للمصلي عوضا من الكلام والاذان والتلبية قد
يكون للانسان فيه بعد الفراغ من ذلك قال في النكت وقد يعترض هذا التعليل بمن كان في
اثر الصلاة وايضا لما كان الاذان ذكرا عبادة ليس فيهما في الغالب من موقع كالصلاة
فلو اجزنا فيهما الاشارة لتشوف الى الكلام بخلاف الصلاة فان عظمها في النفوس
يمنع التشوف فيها من الاشارة الى الكلام وايضا لما كان الرد ذكرا لا يبطله الكلام
وانما هو مكروه فيه وكلمة السلام واجبا لم يجز له ان يرده كلاما بعدما ان يسلم
قوله خلف بسلام في الكراهة يعني ان يسلم عليه لذلك حتى يفرغ مما هو فيه فان
فرغ وسلم عليه وقف بان لا يرد عليه كمنع الغايل المبرات لا يستحبا له ذلك قبل
وقته وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم للذي يسلم عليه وهو يبول اذا رايتني في
هذا الحال فلا تسلم فانك ان فعلت لم ارد عليك بعد مثله قاله ابن يونس
تنبيه قال غير واحد وعندي ابن وفي النهي عن ذلك ان يقال ان من في جميعهم
ان يسلم عليهم ولا يردون للعلة التي علموا فيه فخصت السنة جواز ذلك في الصلاة
خاصة بالاثر الذي ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم فمن كان يسلم عليه والعوض
عنه على ابن عمر والله اعلم فائدة قال في الفائق سمعت بنازلة سنة
تسع وثمانين بين من شهدوه وهو ان رجلا جاء لابي بكر وهو يصلي فكلمه بالاشارة فرد عليه
ابو بكر الجواب اشارة فقال نعم بن ابراهيم صلاته باطلة لان كلامه اشارة بمنزلة
من تكلم وقال الطاوس وكان هنا معتكفا في الجامع هي اشارة فلا تبطل صلاته
وهو الصحيح قلت لقائل ان يقول الصحيح قول نعم بن ابراهيم لان اشارة الاخرس

لأن أحدهما الإنكار فالمراد أن فيهما من غيرهما نوعا مما ... وكانت كالصريح في الكلام بخلاف
الكناية والإشارة فإن من الفقهاء فإنه فيه أحدهما فالمراد أن فيهما من غيرهما نوعا مما ويتأول النطق
فلذلك لم تكن في حقه كالصريح ويؤيد ذلك أنهم جعلوا الإشارة المفهمة للكلام من
الأخرس كالصريح ومن الفقهاء من جعلها كالكناية وإنما ألزمت المرأة بالتلبية ولم تلزم
بالأذان فلأن التلبية إجابة والأذان إجابة للأذان لكل من لزمه من الحج والمرأة منهم
وأيضا التلبية داخلة في أركان الحج كالسورة التي مع أم القرآن في الصلاة والإقامة
خارجة عن الصلاة قاله ابن يونس وإنما قال وكذلك يؤذن على غير وضوء ولا يقيم إلا
على وضوء مع أن الجميع أذكار لأن الإقامة تعقبها الصلاة فاشترط الكمال لها
لئلا يحتاج الى الخروج للطهارة بعد الإقامة وذلك لا ينبغي لما مع ما في ذلك من إيقاع
الصلاة منفصلة عن الإقامة لأن كلا منهما وإن ولبس شيء عنهما مكروها بل منفصلة إلا
لضرورة وإنما قال وكذلك يتنفل قاعدا ولا يتنفل مضطجعا لأن الجلوس من أركان الصلاة في
حال الاختيار فجاز التنفل به وليس كذلك الاضطجاع لأنه ليس من ركن من الصلاة حال
الضرورة فتنبيه قد يكون ابن القاسم ذلك رخصة ولم ترد في الاضطجاع فتقصر على حسب ما
وردت وإنما قال ابن عبد الحكم لا يتنفل في السفينة إلا الى القبلة ويتنفل على الدابة الى
القبلة وغيرها لأن المتنفل في السفينة متيسر وعلى الدابة متعذر أو متعسر تنبيه
قيد ابن ... مذهب المدونة وابن عبد الحكم من يتنفل بالإيماء في السفينة وإنما قد يركع
ويسجد ويمشي كالدابة وخالف الشيخ أبو محمد وإنما يكبر حين الشروع في القيام في الركوع
... في قيام الجلوس الأول فإنه لا يكبر حتى يستوي قائما لأن التكبير الذي في القيام
والركوع مبتدأ تلك الأعمال التي يؤمر بها فيه ويكبر الذي في القيام حين يرفع رأسه من
السجود ومن تكبيرة الرفع من السجود الى الجلوس والنهوض من الجلسة ليس هو من
الركعة الثالثة بل هو بقية الرفع من السجود وسبب يوجد في أول الركعة الثالثة
وإنما القيام فإنما يكبر في أول القيام للركعة الثالثة قال ابن القاسم والمستحسنة
عند الحج وأيضا إذا كبر قبل أن يستقل قائما فكأنه كبر تكبيرتين في ركع واحد لأنه كبر

حين رفع رأسه من السجود والرفع من السجود يعقبه الرفع الى القيام وكون الجلوس
فيه تقلله لا يخرجه عن ذلك وأيضا القيام الى الثالثة يشابه صلاة نافلة
ولهذا التكبير فيها بعد تكبيرة الاحرام لما جاء ان الصلاة فرضت مثنى مثنى الحديث
وانما بطلت الصلاة بعمد الكلام دون سهوه وبطلت بالحدث مطلقا لان الكلام غير
مناف للصلاة كما ان الحدث مناف لها وانما لم يجز ايقاع السلام قائما ومع ايقاع
التكبير للاحرام وهو ممنوع عند من حمل المدونة على ذلك لان في السلام او فعله في حالة لا يصدق
عليه انه جالس وفي الركوع يصدق عليه القيام لصحة وصفه بكونه قائما غير مستقيم
القيام وانظر الفرق بين قوله لو شك بين تكبيرة الاحرام والركوع صح ولو شك بين سلام
الفرض والسنة لم يجز وانما قال ابن القاسم اذا احرم وعنده اجزأه واذا سلم وعنده لم
يجزه لان المساواة في الاحرام انما تنشأ عن رغبة واعتناء بالدخول فلا يجعل ذلك
للبطلان والمساواة في السلام فانه عن الزهد تنبيه قال بعض الشيوخ ما ابداه
من الحكمة فرقا بينهما لو تأمله العكس لان الرغبة والاعتناء في حق الدخول يكون حاملا
على التسوية ومن فاته ذلك وعدم وجود الرغبة في حق السلام يكون حاملا على الغفلة وهو
مصحح وانما قالوا فيمن صلى النافلة فانه يرد على الامام وعلى من على يساره فيساوي
بين النافلة والفريضة وفي الجنازة يسلم واحدة لان النافلة لما كان فيها ما في الفرض
من ركوع وسجود وغير ذلك كان سلامها كسلام الفرض اذ افعالها مساوية لافعال
الفرض واما صلاة الجنازة فليست مساوية الافعال لافعال الفرض اذ ليس فيها
ركوع ولا سجود فكان السلام فيها اخف وانقص من الفرض والنفل قال له عبد الحق
التهذيب تنبيه قيل ويرد الغزو كلامه ويشترط بان سجود التلاوة لما كان نافلة فما
من الصلاة الكثير نفعها عن صلاة الجنازة سقط السلام فيها بالكلية لشغوله الاحرام
وهو جل المقصود مشروع لكل عبادة من متعلقات العبادات ما يليق بها وكلما كثر عملها
قوي السلام فيها وانما اجمعت الامة على ان من قام الى الاخرى في الصلاة غلبة او
ذكر الحديث ان الصلاة الخاشع لا يفسدها ذكر صلاة في صلاة فانه يقطع ويبتدي

[illegible]

البطلان في انفساد الذي صلاة الماموم وفي رواية ابن القاسم عن مالك والبيان مع قلة
والجواب انه ذكر ما هو شرط في صحة الصلاة او ما هو من سنة الصلاة لان الاولى
انما يقطع اذا ذكر صلاة تخلل في نفس الصلاة لا ترتيبهما يرجع لعينهما وصفتهما
فلا بد فلو اذا قطع تخلل يرجع الى نفس الصلاة فقطع وحده الماموم كما في خلل الاحرام
والقراءة ولا كذلك ذكر الحدث لان الطهارة ليست من نفس الصلاة وانما هي شرط
خارج عن ماهيتها ولا تتصف بصلاة وعينه فتكون جزءا منها قاله ابن راشد وايضا
الوقت سبب والطهارة شرط والسبب اقوى من الشرط فناسب ان يسري البطلان الى
الماموم اذا ذكر ان عليه صلاة منسية لان الوقت قد استغرقته والوقت سبب ولم يناسب
اذا ذكر الحدث لان الطهارة شرط والسبب اقوى من الشرط واذا اتى العزو بالتحليل
لم يبق الا هما وقاله ابن فلاح التنسي الكبير باب سكندرية وانما اوجبوا قضاء ما
فات حال السكر من الصلوات ولم يوجبوا قضاء ما فات حال الاغماء من الصلوات لان
السكر لما كان عاصيا بشرب ما اسكره غلظ عليه حتى الحق بالناسي بخلاف المغمى عليه
وانما اتفقوا على قتل من امتنع من اداء الصلاة الوقتية واختلفوا في قتله بالامتناع عن
من قضاء الفائتة منها بان الفائتة مختلف في وجوب قضائها وايضا فان اجاز فلانه
تاخيرها لشغل ولا كذلك الاداء قاله المازري وانما يحمل الامام الفاتحة على الماموم
ولا يحمل عنه تكبيرة الاحرام مع ان الجميع ذكر فرض لان الامام انما يحمل عن الماموم ما
وقبل تكبيرة الاحرام ليس بماموم وفيه بحث اذ قد يغتفر بالسلام وانما يسجد بعد
السلام اذا قدم القراءة على التكبير في صلاة العيد مرجعا وكبر وقرأ واذا قدم السورة
على ام القرآن قد رجع بقراءة ام القرآن ثم قرأ السورة انه لا يسجد لان الذي قدم السورة
انما قدم قرآنا على قرآن وقدم شيئا على جنسه وفي مسئلة العيد انما قدم قرآنا على تكبير
وقدم شيئا من غير جنسه فما خوطب به فضيده قال عبد الحق وهذا الفرق ليس بشيء لان
العلة في مسئلة العيد من قول الفقهاء كما قال سحنون وهي موجودة في من قدم السورة على
ام القرآن وفرق ابن رشد الفرق بان المزيد واحد وهو القرآن وفرق ابن عرفة رد ابن رشد

تعليقة ابن العربي في القواصم والعواصم وهذا الخلاف

بأن معنى الفور المذكور أن الشيء في عينه فيه فور عدا ما شرعنا فيه ومنه في محل فوره وبالجملة
في العبد الكثير من الفوائت أن من سوء زلة ولذا قال ابن يونس عن سحنون وغيره يتهجد لكون القيام
لا للفوائت ولما كان من ذكر صلاة لا يتمهما وهو في فريضة وقد صلى منها ركعة لا يقطع
وإن ذكرها في نافلة وقد صلى منها ركعة أنه يقطع لأن التمادي على النافلة إكمال
لها فيصير كالترك للفائتة لأنه تأخير لها إذ يقدر على قطع ما دخل عليه وإتمام ما كان فيه وهو
كذلك الفريضة فإنه وإن أتى بركعة أخرى ليجعل ما هو فيه نفلا فهو قاطع لما دخل
فيه لأنه لم يكمل ما دخل عليه فما رأيت الفائتة التي ذكرها قد أثرت فيما إذا
أنها تبرأ إذ النية بما عقد وأتى عليه وأما في النافلة قد انفسخت عليه صلاة
أجمع عنه عقد ركعة أي لأنه لم يخش فوات ركعة مع الإمام وإذا أحرم بنافلة وذكر
أن عليه فريضة فإنه يقطع إن لم يعقد ركعة وإن عقد ففي قولان للترجيح اقتصرنا عليه
صلاة أجمع عنه ولم يخش فوات ركعة إذا أتم النافلة أدرك الفريضة وجعلها
على وجه النفل مع الإمام ولم يكره له فيه ما يمنعه التمادي في صلاته وذكر فريضة
فإن الوقت قد اتسع وهي مشغول بها الذمة تنبيه لم يرتض ابن عبد السلام
رحمه الله هذا الفرق وقال الظاهر أنه يقطع في النافلة في الموضع الذي يقطع فيه
في الفرض بل أحرى وما يقوله أهل المذهب وأما الاعتذار عن هذا فمعلوم ولست أذكره
وأما قالوا فيمن صلى بنجاسة أنه يعيد ما لم تصفر الشمس وفيمن نسي الصبح حتى
صلى الظهر فإنه يصليهما ويعيد الظهر إلى الغروب مع أن كلا من النجاسة والترتيب
واجب مع الذكر لأن القول بوجوب الترتيب شرطا أقوى من القول بوجوب إزالة
النجاسة شرطا بدليل عموم القول الأول فهو بإزاء جعل زمان الإعادة فيه أوسع منه في
مسألة النجاسة قال سيدي الشيخ الفقيه أبو يحيى أبو بكر بن القاسم بن جماعة تنبيه
قال ابن عبد السلام وهذا الفرق ضعيف كما ترى لما نافى تسليم القولة المذكورة لا تنفك
ولا دليلا في أن القائل بوجوب النجاسة شرطا هو ابن وهب والقائل بوجوب
الترتيب شرطا هو ابن الماجشون فلا ترجيح بل الشافعي وغيره يرجحان إزالة

النجاسة كما قال ابن رشد ولا يكاد يوجد قول لابن القاسم مشهور في هذه المسألة وأما
التمسك في أدلة القول بوجوب إزالة النجاسة كثيرة قوية في محلها ولا أعلم القول
بأنها مشهورة دليلا بينا ويمكن الفرق على المشهور جريا على أصله من غير تكلف لأني
قول انه قول آخر بأن الطلب في الترتيب ذاكرا ومنه في إزالة النجاسة بوجوب أن تكون
بعد عادلة كذلك ألا ترى أنه عند ضيق الوقت يسقط الفائتة وعند ضيق الوقت عن
غسل النجاسة يصلي بها فكان على الترتيب ذاكرا أن إزالة النجاسة بوجوب أن يكون
زمان ابن عادلة في الترتيب أوسع منه في ابن عادلة في الطاهر واعترض ابن عرفة قوله
لم يقل بوجوب الترتيب غير ابن الحاجب ورد بأنه قال ابن بشير مالك وابن القاسم ومطرف
وابن حبيب واعترض بعدمه بما ذكرناه بأنه نقص ما نقله على شيخه ابن جماعة فقال إلا أنه
من شيخه ثم قال وفيه وبأن ترتيب الصلاة راجع لزمنها وهو للازم وجود ما أدى أنعم
والكمالات راجعة لما يوافقه فلا علاقة ذاتية لها والملازم كما يوسع ذاكرته
بوسع وبأن الشارع لم يرخص في تنكيسها عمدا ورخص في النجاسة اضطرارا وبأن في مسألة
التنكيس للزوم تعلقه بالاثنين ولا النجاسة بالصلاة وإجزائه وإنما تتبع الإمام في سجود
السهو إذا كان يرى خلاف مذهبه ولا تتبعه إذا كبر على الجنازة خمسا لأن السجود مما
كان وجملة يرويه من قبله ينبغي أن يخالف فيه الإمام والتكبير خمسا إذا لم يمنع مع
الإمام متوشه. ينبغي للمرء في ذلك ما اتفق مالك في قوله اتبعوا بأن الخلاف شر وكذا
قيل الغرة إن قام في السجود لهذا وأيضا السجود وإن كان يرى فيه خلاف كالفرق فقد نتفق
على أنه لا بد من سجود أما قبل السلام وأما بعده والتكبير خمسا هذا عندنا فزيادة تكبيرة
لا نرى جبرها إلا بالأولى وأيضا الخلاف في التكبير خمسا ضعيف وليس بقوي فرق الخلاف في
السجود بل مارن الزيادة شعار أهل البدع قال في البيان ونقل ابن جماع على ذلك
في زمن عمر رضي الله عنه وإنما يعمل الكلام على كيفية في الصلاة على المشهور ولا يعمل
على كيفية في استباحة المنهيات كالقران لأجل العمل الفاسد على المشهور ولأن الفرق في الصلاة
تعلق بعين الحكم الشرعي وفي الحج تعلق بسببه لا بعينه والفرق في الأحكام الشرعية

كالقطع وفي اشتباهها لا. وإنما اتفقوا على أن الركعة إذا بطلت على المأموم لا تصير
الثانية عوضا منها بل تبقى ثانية على حالها واختلفوا في الفذ والإمام لأن صلاة
المأموم مبنية على صلاة الإمام وركعات الإمام باقية على رتبتها فوجب مثل
ذلك في ركعات المأموم بخلاف الفذ والإمام قاله ابن عبد السلام. وإنما قالوا
إذا أخل بسجود الركعة الأولى وبركوع الثانية لم تنجبر الأولى بسجود الثانية
وعلله في المدونة بأنه بالسجود للركعة الثانية وقالوا في الركعة الأولى إذا
بطلت على الإمام والفذ تعود التي تليها قضاء منها مع أنه لم ينو بها الأولى لأن ما
ثبت للكل لا يلزم للجزء وأيضا سجود الثانية تابع لركوعها فيبطل ببطلان متبوعه
قاله ابن عرفة. وإنما اتفقوا على السجود لسهو الجهر والسر واختلفوا في السجود لسهو
ترك التيامن مع أن كلا منهما سنة متواترة من ترك ما فعله لحديث إذا أمرتكم بأمر فأتوا
منه ما استطعتم. وإنما ذكروا إفاقة الأشل وابن فلاح دون ابن عمر لأن قاصر من
ابن عمر لا تأثير له في أفعال الصلاة بخلاف الأشل وابن فلاح لنقصه بعض أعضاء
السجود. وإنما ذكروا إفاقة الخصي ولا ذكروا إفاقة الغير مع أن يعرض كل واحد منهما
زمنا من الفتنة مما قضى ولا يدخل على الناس من شيئا بخلاف غيره. وإنما قالوا إذا صلى
خلف من يكفره فسلما أو ذكرا فاختلف كفره وكذلك الخنثى المشكل فإنه تلزمه الإعادة
ولو صلى خلف من يكفره كما مر أو ابن غزال فاختلف كفره أنه لا تلزمه الإعادة لأن
الكفر والأنوثة لا يخفيان غالبا وكذلك الخنوثة من جهة أن الخنوثة المحجوبة خارقة
للعادات والزوائد متوهمة على الشاعة الغزيرة والأعاجيب ولذلك لا يوجد خنثى
مشكل في بلد من البلدان الأكابر ومشهورا عند الناس. وإنما أوجب أشهب الإعادة أبدا
على من صلى خلف من لا يدري الوضوء من القبلة ولم يوجبها على من صلى خلف من لا يدري الوضوء
من غير الذكر لأن الدليل الدال على فعل الوضوء بالكتاب قطعي ولا كذلك القبلة
عنده فإن الدليل الدال على فعل الوضوء بها قطعي ظني ولما لم يقف هذا الفرق
في نظر الشيخ أبي الحسن اللخمي خرج الخلاف في انتقاض الشيء بالحكم وعكسه

من قول اشهب وما قاله صحيح ومن ابين الدليل لاشهب دليل فيه على وجوب الوضوء من القبلة
وقد قال ابن وضاح في المدونة في مجهوله الركايا بالتسمية لانه لا يفيد اليقين بل يحتمل تسع احتمالات
وقال الشيخ ذلك بوجود نعم ان مراتب المأمومين تختلف بالقوة والضعف وانما منعوا
من المساواة في الاحرام ولم يمنعوا منها في سائر الاركان كالركوع والسجود لان الائتمام
لا يحصل له اولا بالاحرام بعده جازت له المساواة في الاركان ومن لم يحصل له
الائتمام قط فلا فرق فلا تنبيه لا يقال قول ابن القاسم بجواز المساواة في الاحرام
اصح قياسا على سائر الاركان كما زعم بعضهم لانا نقول يمكن ان يفرق بان يقال يجوز ان يتأخر
المشروع عن شركه وان يفعلا معا ولذلك اجاز ابن القاسم المساواة لا لما ذكرتموه
من القياس وانما قال ذلك فيمن احرم قبل امامه يكبر بعده ولا يسلم ولو احرم بالكلية
قبل الزوال او كان قد صلى ثم احرم بعد من ذكر ونحوه في الصلاة فانما تنعقد نافلة
فيهما وكان ينبغي ان تنعقد صلاته هذه نافلة واذا انعقدت فلا ينبغي ان يبطل فيه
ابدا بسلام لان هذا احرم بما علم انه قد فرغ وقد لم يصح له ذلك لم تنعقد في
حقه نافلة ولا كذلك المحرم قبل الوقت والمحرم بصلاة صلاها ونسي وانما
هذه بمنزلة من احرم بالكلية خلف من يصلي على جنازة وانما قال سحنون فيمن احرم
قبل امامه يسلم ثم يحرم بعده واذا احرم رجل خلفه واخر كفاه عنده انه في الصلاة
وكشف الغيب ان الامام قد سلم وانه يتمادى وكل منهما نوى الاقتداء لان هذا لم يحرم
قبل الامام وانه قد علم هنا كذا من اتبعه وانما احرم بصلاة يظنها صلاة امامه وكشف
الغيب ان كنت فلا سر بصلاته فتبطلنا وانما قال اشهب اذا ادرك المسبوق الامام
راكعا فقد ادرك تلك الركعة والقياس المطرد على اصله ان وضع اليدين على الركبتين
يعقد للركعة انه ان يكون مدركا اذا فكر بدنه من ركبتيه كم وقع واسعا على قول ابن القاسم
انه يدرك اذا رفع امامه بعد تمام الركوع معه بخلاف اذا ادركه راكعا بعد ان ادرك
معه الركوع فيكون مدركا للركعة على قول الاشياخ والمسألة مسألة اجماع فيما حكى
الاتفاق ابو بكر بن العربي وابو الوليد بن رشد الحفيد وانما يجب على

[illegible] نية الامامة في الجمعة والخوف والاستخلاف ولا تجب في غيرها لان صلاة
الجمعة من شرط صحتها الجماعة ولا تصح الا بها فلما كانت الجماعة من شرط الصحة افتقر
الى القصد الى ما هو شرط في الصحة ووجبت النية فيه واما صلاة الخوف فلانهم اوجبوا
ذلك فيها لان الامام يقسم الصلاة بين الطائفتين ويشترط في الكمال فيه اتباع الثانية ومن
ان يكون ذلك مع القصد والعلم واما الاستخلاف فلان الامام اذا احدث فاستخلف افتقر
الى قبول المستخلف للاستخلاف وقبوله لذلك بقصد

وانما قال يعيد المنفرد مع الامام الراتب

انها قاول لا يعيد مع واحد غيره على اصح القولين لان الامام الراتب فمن اراد يصلي في جماعة
فيكون له اجر صلاة الجماعة اذا فاتته وصلى وحده واذا انتدب على صلاة اجر الجماعة
ثبت ان صلاته وحده كالجماعة فتعاد ومعه الصلاة ولا يعيدها ولا كذلك غيره قاله
ابن راشد فتنبيه لا يقال يلزم من هذا ان يكون من قصد الجماعة وفاتته وصلى وحده ان تعاد ومعه
ولا يعيد ما هو في جماعة لانا نقول العبرة بتمام الجماعة فلا يلزم للمشبه لاجل الجماعة
والملازمة لها تاثير فيها فتدبرها والله اعلم وانما يقطع المغرب من اقيمت عليه وان عقد
منها ركعة ولا يقطع غيرها اذا اقيمت عليه وعقد منها ركعة وليشفعها لان المغرب لو لم
يقطعها لادى ذلك به الى التنفل قبلها والتنفل قبلها مكروه او ممنوع قاله بعضهم وايضا
ان هذا خلل بنية الوتر فلو سلم من ركعتين للزم ان تنقلب فيه الوتر عن نية الشفع ومثله مختلف
فيه قاله الباجي وانما لا يعيد من صلى المغرب منفردا او يعيد غيرها لان المغرب وتر صلاة
النهار وايضا لو اعادها للزم ان تكون احدى الصلاتين نافلة ولا يتنفل بثلاث وانما قال
مالك اذا اقيمت عليه الصلاة التي هو فيها فان عقد ركعة شفعها وان لم يعقد قطع
وان اقيمت عليه غيرها تمادى ما لم يخف فوات ركعة لان المصلي اذا قطع في الاولى قد نبا في
بها على صفة الكمال التي كان فيها فلا يضره القطع واذا كان في غيرها وقطعها وقف بطالة
وصار ملتبسا بصلاة يعرف انه يعيدها بغير عذر الا التي كان فيها وكان الثاني في عليها
اولى الا ان يخاف فوات ركعة الامام فيستعبر القطع لدخوله في الثاني ولما قال مالك في

الجوازية بغير مرائه بشارب الخمر اذ ذكر ان الخمر في جوفه ولم يوجب عليه من اعادة
صلاته مع ان التعليل بوجود الخمر في جوفه حاصل فيهما لان الشارب لما اعاد الصلاة
وهو في حال لا يمكنه فيه رفع تلك النجاسة وجب عليه فعلها فصار بمثابة من عجز عن
الصلاة فتنضح بالنجاسة وليس معه ماء فلا يترك الصلاة لذلك بل يفعلها ويكون
مانوقا وكذلك من عجز عنه ومن على غير وضوء ومعه ماء فاراقه فانه يتيمم ويصلي لكنه
يكون مانوقا ولا كذلك غيره فانه مستغن عن الابتلاع به وانما يستخلف اذا ذكر الحدث
ولا يستخلف اذا ذكر صلاة نسيها بل يقطع وينصرفون لان صلاة الماموم مرتبطة بصلاة
امامه فوجب اذا بطلت على الامام الصلاة ان تبطل على من خلفه بخلاف الامام فيخرج
من تلك الجملة الاستخلاف في حدث ثبت بالسنة وبقي ما ذكر على الاصل في وجوب قطعه
وقطع من ائتم به وانما قالوا اذا ذكر الامام بعد فراغه انه لم يقرا في جميع صلاته يعيد
الصلاة ومن خلفه ابدا واذا ذكر انه كان جنبا او غير متوضئ صلاة من خلفه تامة لان
القراءة من نفس الصلاة والوضوء والغسل ليس من نفس الصلاة وايضا القراءة يحملها
الامام عن المامومين واذا تركها ابتدئ عليهم والوضوء لا يحمله عنهم وايضا الاصل كان اذا
فسدت صلاة الامام فسدت صلاة من خلفه فخرج بالسنة من ذكر انه كان محدثا وبقي من
سواه على اصله قاله الابهري وانما قال ابن حبيب في المستخلف بعد العذر يبني على صلاة
الامام في الثالثة فكملت واذا صلى الامام بكل رابعة من اربع اعيد ركعة وانما قد يعني
لنفسهما انما هي للطائفة الثانية والرابعة لان الطائفة الثانية والرابعة كالمسبوق
بخلاف المستخلف الباني على صلاة الامام في الركعة الثالثة لترك السورة وان جهر لان
كانت الصلاة جهرية وانما يستخلف المسافرون فيسلموا معهم اذا اتم بهم لتعذر المسافر
وجعل الامام المستخلف ولا يستخلف المقيمون من يسلم بهم اذا صلوا خلف المسافر لان المسافرين
دخلوا على الكمال صلاتهم خلف الامام والمقيمون اذا ائتموا بالمسافر دخلوا على ان الامام
تنقضي صلاته قبل اكمال صلاتهم فليس لهم استخلاف بعد كمال صلاته وانما يتبع المسبوق
يتبع المستخلف من تاخير السجود القبلي الى اخر صلاته ولا يتبع عنه اذا كان مستخلفا لان

وفي بعض النسخ عوض من ان الخمر [illegible] فيعيد

بصلاة

المسبوق

المسبوق غير المستخلف ممنوع من نية الائتمام والائتمام في مسألة المستخلف
المسبوق مقصود فافترقا وفيه مع ذلك بحث لأن الائتمام إن لم يكن موجودا حكما
فوجوده نائبه ألا ترى أن المستخلف إنما يتم صلاة الأول حتى كأنه موجود في
قراءته وجلوسه فكذلك ينبغي أن يراعى حكمه في سجود السهو وإنما ينتظر
المأمومون المستخلف المسبوق حتى يسلم فيسلمون بسلامه ولا ينتظر المسافرون
المستخلف المقيم بل يسلمون لأنفسهم ولا يستخلفون مسلما منهم لأن المسبوق لم يبق
لشيء لم يدخل عليه إمامه فناسب أن ينتظر ولأن السلام من بقية الصلاة بخلاف
المستخلف المقيم فإنه قام لما لم يدخل المسافر عليه لأن المسافر لما دخل على السلام
من ركعتين ناسب أن يسلم ولا ينتظر وإنما قيل بوجوب قصر الصلاة في السفر الطويل
ولم يقل بوجوب الفطر فيه والجميع رخصة سببها السفر الطويل لأن تحتم الصلاة من شأن
الفور والفطر وتفويت ذلك إلى قضيته لا اهتمام فيه والعبادة ثابتة وإنما
خير المكلف بين تعجيل بشغلة منه كهيئة نفسه لمساواة المسلمين في الفور وتأخيره بتيسير تخفيف
مؤنة السفر بخلاف رخصة قصر الصلاة في السفر فإنها إسقاط عدد وحقيقة إنه إسقاط من
العدد ثنا في الكمال المعدود فكان كإسقاط الشرع لبعض العدد وجوبا إذ فيقتصر على
الباقي منه لأن المعدول عنه إيجاب إذ فيقتصر لا يكرر إذ لا يرد الإسقاط وإسقاط الشرع يرد
سبيل الرد له تنبيه المعروف في زوال العذر إنما هو الإسباب من شعائر إقامة وأما الأحكام
فلا يصح أن تعرف الرابع وشبيهه لأنها تكون كنصف ركعة من قبيل العبرة لتعريف الذي
شبيهه تمليك والعبد لا يملك إقامة الشرع وإنما تمليك الرباعية دون الثلاثية والثنائية
لأن التنصيف إنما يكون في عدد الزوج وأما عدد الفرد فإنه لا يتنصف إلا بتبعيض الواحد
ولم يقم دليل على جواز تبعيض الركعة الواحدة فتنصف كيف وقد أشعر الشرع بأنها في
حكم الجزء الواحد وإن كانت ذات أفعال مختلفة والجزء الواحد لا يصح تنصيفه وقد
جاء الشرع بكون العبد على النصف من الحر في أحكام شتى ولما نصف كلا الأمرين جعل
كالمعتبر لما لم يكن تنصيف الطلقة الواحدة وكذلك عدة الأمة قرءان لما لم يكن تنصيف

وَلو جعلنا المغرب كالعشاء وأكملنا الرباعية المنكسرة لزادت على الشرط بالتخفيف وخرجنا عن حكم
التنصيف المراد وبالجملة فالزيادة إنما كان يلزم تعليله وان تبادر على لبه يغني عن الكلام في
القصر فيه وأما الثنائية فلا رد فيها الى ركعة ولو لم يكن مستقلا عقلا فإننا خرجنا عن
صلاة الرباعية والشبه جاء بالتنصيف والقصر من العدد والتنصيف والقصر إذا دخل
الأمر وعوا فقلا فبالغة وأقلا فبالغ الصلاة الرباعية فإذا شكرت كانت كالثنائية
ابتداء مليه من العدد وصارت التنصيف في العدد فثنا شيئا وان كان في الصبح وفي الرباعية كما رأيا
وأيضا نقررا ان جماعة على ان الصلاة في حال الامن لا يقتصر فيها على ركعة واحدة وإنما يقصر
الخوف وغيره في خروجه لغربة ورجوعه وان لم يكن كونه بلا غلال غيره لأن عمل الحاج لا
ينقضي الا في اكثر من يوم وليلة مع الاشتغال اللازم فيه فجوز ذلك مجموع مشيه في اربعة
برد وأيضا الخارج من مكة الى عرفة ومنى لا بد له من الرجوع الى مكة بحكم الشرع فصار في
مجموع السفر والرجوع مقدارا ما تقصر فيه الصلاة فتنبيه لا يلزم على هذا من خرج
الى خمسة وعشرين ميلا فلما أراد ان يرجع الى حيث خرج منه لان رجوعه هنا ليس
بلازم وفي الحج الرجوع لازم وكان السفر والرجوع بقدر ان تقصر في شبهه واحد في رجعه
واحدا وإنما يتم من ردته الريح الى المكان الذي خرج منه ان كان وطنه اتفاقا وان لم يكن
وطنه فكذلك على المشهور خلافا لسحنون ولو رده لغاصب لكان على القصر في رجوعه
وأقام به في غير وطنه اتفاقا انه يقصر الا الاقامة لأن المردود بالريح لما كان على شك
في أول سفره في رد الريح كان حكمه ان يقيم لما لم ينو منه القصر في الشك والقصر إنما يبيح
بعزم على انه هل وقع الاقلاع وما لم تعزم امتها بدا لا يبيح الا يقينهم فتنبيه يؤخذ منه
هذا العذر في ان الكتبة في الجيش يجمل العزب انه يقصر ولو عزم على اقلاع اربعة ايام
لانه لا يملك اقلاع مثل ذلك وليس على ثقة منه فجعلوا عزم الثقة هاهنا يرفع الحكم
ولما كانت الريح مشكوكا في امرها لم يقصروا الشعر مع الشك فيها فلأن المكروه فلا ندري
حكم لعقله وإنما يعتبر قريب جمع خوف ذهاب عقله فسلم ولم يعد من جمع للطهر ولم ينصرف
الى السفر مع كثرة وقوع علة الجمع فيها ان راقب [illegible] من فضل النوافل

وان حضر على جماعة فبان فصلى الجماعة مناب فضل الوقت فصار كمسافر ان صلى بغيره وخلفه
وغيره لا يعيد قاله ابن رشد رحمه الله وانما يبطل الجمع في السعي عند تعذر الثانية ان الاولى
اذا فوّرت فاتت في اثناء اخذائها ولا يبطل اذا رجع الظهر بعد الشروع لان الحكم في قوم
عوده بخلاف السعي فانه تدوم عودته وانما تجب الجمعة على العبد اذا اذن له
السيد في احد القولين عندنا و يجزيه عن الظهر ولا يجب عليه اذا اذن له السيد ولا
تجب به عن جهة الاسلام اذا اعتق بعدها فان الجمعة بدل من الظهر وليست بدلا في
الوجوب بخلاف الحج فانه لا بدل له وانما اشترط اذن السلطان في اقامة الجمعة
على قول الحسن والاوزاعي وابي حنيفة ويحيى بن عمر عندنا ولا يشترط اذنه في سائر
الصلوات لان الجمعة من الامور العامة وما يتعلق بعموم الناس يكون للسلطان
فيه شركة ولكون الولاية اليه دون غيره كاخذ الذي يرجع صلاحه الى عموم الناس
واخذ الزكاة التي هي لعامة الفقراء وكذلك سائر الامور العامة لان العامة اذا كثرت
واجتمعت لم تصلح الا بسائس وليس الا السلطان الذي له القهر بالسيف والجمعة لا تعم
العامة وانما اخلوا لهم الجامع في غيرها فلا تجزيهم عليه الجمعة واخلوا لهم البيت محل
دخلوه في الايام والشرفة لان الحنث في الايمان يكون بالاقل بخلاف الصلاة فان قيسها مع
على الاحتياط فهو تشبيه البر فلو حلف ليدخلن بيتا لم يبر بدخوله على الكعبة لم يعلم يحصل حنثه
في البر كعلمه وانما قيل بصحة صلاة الصبي العبد والمرأة لغيره في غيرها صلاة الجمعة ولا تصح
في الجمعة لان الامام في الجمعة شرط في صحتها وغيره من الصلوات ليس الامام شرطا في
صحتها وانما قال ابن حبيب تصلى الجمعة خلف الامام الجائر الفاسق بلغ فسقه وجوره ما
بلغ ولا تصلى سائر الصلوات خلفه لان الجمعة متى لم تصل وراءه ابى ولاة الجائر اذى الى
الخروج عليه واثارة فتنة فلهذا اباحه في الجمعة دون غيرها وان كان الفقهاء الا يكون
اعتبار العدالة في الجمعة ذكر عنه اشتراط الامام فيها واشتراطه صفات فيها لا تشترط في
غير الجمعة من الصلوات وانما اعتبرت الجماعة في صحة صلاة الجمعة ولم تعتبر في غيرها
لان الجمعة اقيمت على صفات فمن تلك الصفات التي خصت بها الخطبتان والاظهار

معالم الشرع وإذا كان ذلك مركزا لذلك كمن فلا بدل فتعيين الشرع بدل الصلاة باشتراط
الجماعة أداء الواجب لا يحصل بعد الخطابات وإن كفى ولو صح أن يغنيهما البعض في نفسه
لبطل المعنى المقصود منها ونحو المعنى خصت بالجمعة دون صلوات النهار لأن الجمعة أكثر
ما تكرر في الأكمال ولها شائعة والانتشار قريب من الإخفاء والاخفاء بينها في الموضع الذي
نميز بينها وإنما اختلفوا في الواجب يقوم على الداخل في صلاة الجمعة أو بعد الخطبة وقبل
الصلاة يصلي الثانية بخطبة الأول أم لا ويبنى على الصلاة في النسخ إذا ورد متى ينتفى
حكمه هل ببلوغه للرسول صلى الله عليه وسلم أو ببلوغه للمكلفين ولم يختلفوا في أنه لو فرغ
الثانية بعد أن فرغ الأول من الصلاة أن الصلاة تامة لا تعاد ومع أن ظهر منها أنه قد
ينتقض جريان الصلاة ولو فرغ من الصلاة إذا كان الوقت باقيا كما أشار إليه عبد الحق
عن بعض شيوخه لأن الفراغ من الجمعة يحل محل نقض الوقت وهو لو فرغ بعد نقض الوقت لم
تعد بالفساد وكذلك هنا وفيه نظر لقول أكثر الرواة فيمن لم يذكر فائتة حتى فرغ من صلاة
الجمعة أنه يعيد ما ظهرا فلا يكاد يستقل من يعرف المسئلة فانظره وإنما لا يسلم
ولا يرد ولا يشمت العاطس للخطبة يوم الجمعة ويتعوذ إذا ذكر الخطيب النار ويصلي
على النبي صلى الله عليه وسلم إذا جرى ذكره والصلاة عليه ويؤمن إذا دعا الإمام
مع أن الجميع كلام لأن المتعوذ ومن ذكر معه كالمجيب في الخطيب الأثر لمن الخطيب
إذا كلم أحدا فإنه يجيبه ولا يعد لاغيا ولا سيما إذا وقف الإمام في وعظه الخطبة
كالمطالب للتأمين ولذلك وما ذكر معه قاله ابن عبد السلام

فصل كتاب الزكاة

وإنما نصب الأرباح إلى أصولها في الزكاة ولم تضم الفوائد لأن الأصل نماء في الأرباح
الشبه المحقق بينهما ومن الشارع حيث كان حول أصلها حولا لها والفوائد لا شبه بينهما
وبينها وأيضا الأصل ترتب المشروط والسبب على المتسبب فكان الحمل على مثل ما هنا أ
يقعى من حيث الخروج عن الأصل إذا قوي الشبه كما في الربح ويبقيت ... على الأصل
الذي يجب اعتباره حتى يوجد ومن الشرط الذي هو الحول وإنما تسقط الزكاة عن على

لا تسببه عن لا يحق وجود مشروطه بدون شرطه ولا مسبب دون سببه بحيث وجدنا في الشريعة
ما عزاه من وجود أحكام لا علل لها وهو تقدم الشرط على المشروط والسبب

الجماعة

شك

تعاد

الغنية

الغنية والتجارة لا تسقط في النعم المقتناة وإن كانت غير سائمة لأن النعم تنموا
بنفسها وإن لم تكن سائمة بخلاف الحلي فإنه لا نماء فيه مع القنية وإنما يضم
الأخير إلى الأول في الفوائد إذا اختلطت أحواله وفي العوائد بالعكس يضم الأول إلى
الأخير لأن الأصل في الديون أن يزكى لعام واحد ولذلك قال كثير من العلماء بالزكاة وهو
على الغريم لاكن إنما منع من إخراجها على الترتيب خوف عدم القبض فإذا قبض كان حقيقة
أن يرد إلى الحال الذي كان عليه وهو على الحول فإذا حصل في حينئذ ضم الأخير إلى
الأول وإنما لا يقوم الحرث والماشية للتجارة وتقوم العروض إذا كانت نصابا وتقوم
إذا كانت غير نصاب لأن زكاة رقاب الماشية وعين الثمرة هو الأصل فلا يعدل عنه
إلى غيره وإنما كان الدين مسقطا لزكاة العين وغير مسقط لزكاة الحرث والماشية مع
أن الكل زكاة العين ترجع إلى أمانة الذمة بخلاف الحرث والماشية فإنهما ليست كذلك
والإمام يخرج لها السعاة وكانت التهمة تلحق في التي يخرج الإمام لها فلم يسقط الزكاة
بخلاف العين وأيضا السنة إنما جاءت في إسقاط المحسوب الحكم وأما الماشية والثمار
فقد بعث النبي صلى الله عليه وسلم والخلفاء بعده الخراص والسعاة يخرصوا على الناس
وأخذوا منهم زكاة ما وجدوا بأيديهم ولم يسئلوهم هل عليهم دين أم لا قاله ابن القاسم وأيضا
زكاة الحرث والماشية لم يوقف عليها أربابها فلو قبل قول أربابها أن عليهم دينا لأدى
ذلك إلى إسقاط الزكاة بحسم الباب وزكاة العين موكولة إلى أمانة أربابها فلا تسد
[illegible] فيه وأيضا الحرث والماشية أموال ظاهرة وليس كذلك العين لأنه يخفي فيضيع
زكاته باستغراق الدين فيما يخفي إخراجها على أربابها وقد يخفى لا تسقط زكاته لئلا
يلتبس على الناس في إخراج الزكاة إذا استغرقها الدين جميع من إخراج زكاتها من أموالهم
قاله ابن بشير وغيره وأيضا العين لا ينموا بنفسه بخلاف غيره فلو لزمت الزكاة في
العين مع الدين لحصلت المشقة قاله في منتخب الأحكام وإنما لم يختلفوا في اعتبار
عدد ما عليه من الدين واختلفوا في اعتبار عدد ماله من الدين أو قيمته في جعل الدين
فيه لأن ما عليه من الدين لا يبرأ منه إلا بقضائه وأن له لا يملك البيع إلا بقيمته إلا أن يكون حالا

وعلى موسر غني مليء مذكور ما عليه في عدده قاله ابن راشد وأيضا المرتبات للأوقاف
أو لبيت المال أن المؤجل كل عليه بنحو ذلك ومن زكاه أولا ما قاله من الدين الحال
بحسب عدده والمنجم قيمته لأنه للأوقاف أو بيت المال يبيع المنجم ومنه لغرمائه إن شاء وإنما يجعل
في عينه في كل ما يبعد عليه الإقامة للأوقاف أو بيت المال قاله ابن يونس وإنما لا يسقط الدين زكاة
الحرث ويسقط زكاة العين الحوز مع أن الكل ثمن لأن الحرث الظاهر لا يخفى كما يخفى العين
وكانت التنمية للمواشي كما للمواشي الزرع وقيل لشبهه بالزرع فينبغي الحق في ماشية
لشبهه بالعين فلم يغلب أحد الشبهين وأجيب بأن شبهه بالزرع أقوى وإنما تسقط
الزكاة نفقة الولد والوالد في هذا اتفاقا وفي سقوطهما بنفقة الأبوين فهي بهذا قولان
لأن الوالد يسامح ولده أكثر من مسامحة الولد لوالده وأيضا نفقة الأبناء لا تسقط
عن الأب الملي فتكافؤا حتى يبلغوا ونفقة الأبوين كانت سببا فكنفقة عنه وإنما تلزم بعد
بالقضاء وإنما يجعل الدين في العرض اتفاقا واختلف في جعله في المال الحالي للزكاة نزلت بائن
ودائن ثم وهبته ودائنه رجعته عليه أجرا منها لأنه الدين لا يسقط زكاة الحرث وهو كما شبهه
قاله ابن يونس وإنما يسقط دين الدين غير الزكاة ولا يسقطهما دين الزكاة لأن دين
الزكاة كالبيع بين وعين فضعف لذلك بخلاف دين الآدمي وإنما لم يسقط دين الكفارات
الزكاة بلا خلاف وأسقطهما دين الزكاة على المشهور لأن دين الزكاة تتوجه المطالبة
به من الإمام العادل وأما متعلقا لا تلزم مطالبتهما والله أعلم وأيضا الكفارات
ثما نذرا وأن الزكاة بها بذلها فكانت أقوى وأيضا الزكاة إذا أخذها الإمام مستوفيه
بقوله إنما الصدقات للفقراء وقد قيل أن اللام للملك وقد اختلف عندنا هل
الفقراء شركاء أم لا ولا كذلك الكفارات فكانت أضعف من الزكاة فلا يؤثر الدين
في إسقاطهما والله أعلم وأيضا الزكاة على الفور إجماعا والكفارات تتعلق بهما
امتى على الفور أم على التراخي تنبيه القرويين دين الزكاة تتوجه المطالبة به
من الإمام العادل بخلاف دين الكفارات لا يخلو لقول اللخمي أن الكفارات حكمها حكم
الزكاة في مطالبة الإمام بها وإجبار الناس عليها والعزو بأن الزكاة على

ان

الفور اجماعا والكفارات فمختلف فيهما انهما لا تجب على الفور اللخمي ايضا وان اختلف
في الكفارات هل هي على الفور او على التراخي انما هو في من قدر على ان يعتق فانه يخرجها فاما
من علم منه جحدها وانه يقول لا شيء علي فانه لا يؤخرها وانما قال ان الغاصب
يجعل الربح في قيمة المدبر عتقا او قال فيمن تصرف بكل ماله لا شيء في مدبره لان وجوب السنة
في الكرم من وجوب الافتراق كقوله في المدونة من اعتق جنين امة يبعث في دينه انها دين
بخلاف امته الحامل من ابنه لان هذا عتق سنة الافتراق وانما قال سحنون لا يجعل
الربح في رقبة المدبر ولا في خدمته وقال فيمن تصرف بكل ماله يتصرف بتلك خدمة مدبره لان
التصرف بيانا في العرض دون الخدمة وانما خص الشرع المواشي بالاوقاص دون النقود
لان التعدد تتجزأ من غير ضرر وقيل تجنبا ان تؤخذ بعد الوجوب اهله المحبوب فنبه عليه ابو
حنيفة بقوله بان الوقص يبيح الاتعدد بين المواشي والحجة عليه المحبوب والبشر له خمسة
بعشرين فان قيل لم قوته ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال اذا زادت الدراهم
على مائتي درهم فليس فيها شيء حتى تبلغ اربعين قلنا قال ابن العربي في هذا الحديث يرويه
الحجاج ابن ارطأة وهو ضعيف وعبادة ابن نسي عن علي ولم يلقه فالحديث اذا بين
ضعيف ومقطوع وانما تزكى العين الموقوفة للسلف بخلاف المغصوب والمدفون لان
الموقوف للسلف نمته معجوز عن تنميته لان العجز المتوهم فيه انما هو في نماء الملك له وهو
غير المالك عن تنمية المال ليس يسقط الزكاة وان انفسخ العجز عن التنمية بالنسبة
الى المالك والمالك هنا غير واحد عن المالك الذي يزكي هذا المال على ملكه ومن انه
وقفه لان يعمر وقفه للسلف ترك تنميته ابتداء اختيارا منه لا عجزا اذ لو شاء ان يبقى على تنميته
ويرجع بذلك الجعل وبيان كونه لا يرد من هو موقوف في يده منزلة كونه بيده وكيله به وبه
يسقط زكاة المال كونه بيده وكيله ولا يقدر فيه والعلة هنا انه معجوز عن تنميته
فلذلك يزكى ما دام موقوفا بيد من هو موقوف على يديه لم يتسلف فاذا استسلف
نظر لعدد الاعوام فانه يزكي لعام واحد على حكم زكاة الدين بخلاف المغصوب فان مالكه
عاجز عن تنميته مقهور على ذلك غير مختار وانما يجوز اعطاء الفاضل عشيا من الزكاة.

لجعل

اذا كان عمدا والجناية دون الثلث ولا يجوز ان يعكس في قتل العمد اذا قبلت منه
الدية وكان عمدا مع ان الجميع دية وجبت على قتل لان قتل العمد معصية فلا يعان
بالمعرفة في ذلك لان القاتل انما يستحق جزءا من المعرفة اذا كان دية من غير معصية
والقتل خطأ لا معصية فيه وايضا فدية الخطأ على عاقلة القاتل فليس
بغارم اذا قلنا بدخوله في التحمل مع العاقلة ولا ذنب فيلحقهم وانما اوجبوا
الزكاة على المعدن ولم يوجبوها على النوائب مع ان الجميع تبرع لان المعدن يجوز له
شراء المعدنية عن جميعها والنوائب ممنوع من شراء مثبته بخرصها والله اعلم وانما
قيل بالاجزاء في الرقبة المعيبة في الزكاة واجمعوا في الرقاب الواجبة في الكفارات
على اشتراط السلامة من العيوب المانعة من الاجزاء لان الزكاة قد اخرجت كلها ولم
يتمسك منها بشيء لاجل العيب فاجزأته والعتق عن الكفارات وجبت عليه رقبة
تامة معيبة فوفر على نفسه فاشتراها له بعض شراء الجلاب تنبيه اجمعوا على
ان الزكاة تعطى للعالم لنا فرح في خلقته ولعل بنزاء اجزاء المعيب من الرقاب والله اعلم
وانما لم تجب الزكاة في غير النعم من سائر الحيوانات وتجب فيها لان النعم هي
المعدة للنماء غالبا وفيها الدر والنسل وان هي والاشعار والاوبار وغيرها
من الحيوانات لا يوجد فيها كمال النماء على نحو الكثرة وايضا فقد اختصت بالنص
دون غيرها قاله ابن بشير. وانما قال اشهب في حلي القنية والميراث الذي لم ينو به
التجارة فلا زكاة فيه كالعرض اذا نوى به التجارة ورد فيه حوالة الاسواق والزكاة
ومقتضى كونه كالعرض ان لا زكاة فيه وان نوى به التجارة فلا تؤثر فيه النية كالعرض
لان اصل العين تجب فيه الزكاة وهو بنية القنية مخالف العروض وانما قالوا فيمن
اشترى الثمرة مع اصولها قبل طيبها ثم باع الثمرة انه يستقبل بثمنها حولا كغلة بيده على
المشهور واذا ابتاع غنما للتجارة فجزها ثم انتزعه فانه يستقبل باثمانها فان صوف
الغنم تابع له وملك له ولا يدخل في ملك المشتري بالاشتراء فكان كغلة ولا كذلك
الثمرة فانها وان كانت تبعا للاصل ففي بعض المشهور منكور مقلعة تجارة فتزكى فتمسا

حول الربح فدل على القول الثاني والله اعلم قال ابن ادريس وانما لم يراع مرور حول الزكاة
واخرجها بقول الشافعي والتكميل لغ اذا عند ابن بابعادهما الى من يشتري منهما وبين الربح
بتسلف النقد بعد ثم يرد منها وتفيع والجامع ان كل واحد منهما قد تعدد وتعلقت به منه
لان الربح مؤثر على حكمها فالمناورة بها بعد حلولها في امانته وبين في حكمها كبير وبها
ولا كذلك ربا الحلال في الزكاة فانه انما تنمو في التمييز عند حلولها ولم يؤثر على حكمها ليتعين
قد تبين بالافتراق وانما لم يكتف في اجزاء الغير في الشفا ومن الزوجين ابن بحكم غير
واكتفى في الزكاة بحكم واحد لان حكم الحاكم شرع للشاهد فلا تبرا به الذمة العامرة والحرص
للنار فلا تعمر به الذمة الغالبة وايضا الجزاء سبب اكتساب محرم والزكاة سبب كسب
حلال وايضا الصيد في امان الله وحرمه والعداء عليه عظيم وذلك يوجب الا يتسامح
والتحيط عليه اكثر من غيره وانما قالوا اذا اختلف الفوارق في الروايات يؤخذ بقول
الجميع فلان يكون فيهم ادرى ويغفل به وقد قالوا في الشهود اذا زاد بعضهم على بعض فالعمل
على شهادة من زاد لان الشاهد كالحاكم ولذلك قال بعض الاشياخ الكلام انه انما يعمل
بقول الجميع اذا اجتمعوا في مجلس واما لو كانوا واحدا بعد واحد لعمل على قول الاول لان خروج
من بعده في غير محل ولو اجتمع خارجها فقال احدهما او بعضه او نحو وقال الثاني ثم ثلاثة فقال
بعض الاشياخ تخرج على قولين وانما يشغل عرض التجارة الى القنية بالنية ولا يشغل
عرض القنية الى التجارة بالنية لان الاصل في العروض القنية والتجارة طارية فوجب
ان يرجع الى الاصل بادنى سبب من موجب القنية ولا يشغل عن الاصل الا بالفعل كالمسافر الذي
يشغل عن السفر بالنية ولا يشغل الى السفر اذا كان مقيما بالنية حتى يفعل فيشغل الى الاصل
بادنى نية حضر ولا يشغل عنه الا بالفعل ومرة ايضا فقد يقال ان ابن مريم واحد وذلك
ان ما كان اصله للتجارة لا نسلم انه يشغل الى القنية بالنية خاصة بل بنيته مقارنة
لعمل وهو امساك العرض وترك تقلبه في التجارة وكذلك ما كان اصله للقنية لا يشغل
بالنية الى التجارة حتى يشترط بالبيع والابتياع فالنية عند الجميع وانما لا يزكي العين
المعروف بقيم اعواما لا يعلم به وتزكوا انما سببه والحرث وان لم يعلم بها والاكل

جزاء

فكان موروثا لأن من عنده ماشية او فدان وعليه دين يغترقهما فماشية مثلهما او فدان
لم يمنع الدين ذلك من اخذ زكاتهما ومن عنده عين لا فدان له غيرها وعليه دين مثله
او عرض لم تلزمه فيه زكاة والزرع يرث الزكاة نيرة تنمي في ضمانه حتى يقبضهما قاله
ابن يونس وأيضا السنة انما جاءت في الفدان الثمار ومثوا المحبوس على التنمية قاله
سحنون وأيضا العين لا تنمو بنفسها وانما الماشية والثمار تنمو بنفسها قاله اللخمي
وانما تسقط نفقة الزوجة الزكاة ولا تسقطهما بنفقة الولد والوالدين لأن نفقة
الزوجة عوض من الاستمتاع بالبضع الذي اخذه ونفقة الولد والوالدين لا عن عوض
فكانت اضعف بهذا وأيضا نفقة الزوجة اذا عجز الزوج عنها طلقت عليه الزوجة
ان شاءت ذلك ولا يعذر بالعسر ونفقة الولد والوالدين اذا عجز عنها كانوا في
مرفق المسلمين فلما كان يتعلق الحكم في نفقة الزوجة بالفسخ على ما وصفنا كانت بنفقتها
ذاكرا واوجب من نفقة الولد والوالدين فالها عتبرا عبر وانما قال في المدونة من له دار
وخادم لا فضل في ثمنهما عن سواهما انه يعطى من الزكاة وان كانت له دار وخادم
يجب عليه ان يكفر بالعتق او بالطعام اذا كانت عليه كفارة يمين ولا يكفر بالصوم فجعله
غنيا باعتبار الكفارة وفقيرا باعتبار الزكاة لأن الكفارة حق عليه واخذ الزكاة
حق له فما حقه عليه يقضى عليه وان كان داخلا في لفظ الفقير والمسكين كما يبيع القاضي
عليه في الدين كل شيء ولا يترك له الا ما يعيش به الايام هو واهله ويعطى من الزكاة
لأنه فقير ومسكين قاله ابو الحسن الصغير وانما قال ابن بشير وابن محرز ان زكاة
ماشية القراض على رب المال ان [illegible] يجبر بها وتطرح قيمة الشاة انما خرجت من اصل
المال ويكون فما يفضل راس المال وزكاة العامل على رب المال في غير القراض ومن كان نفقة
ملغاة ورأس المال الاخر الاول لأن الماشية تزكى من رقابها والفطرة فاخرجت من
غير العين قاله ابن حبيب وانما قال في المدونة اذا باع الماشية قبل الحول او بعده وقبل
مجيء الساعي انه يزكي الثمن الاول حوله من يوم افاده واذا اشترى الماشية بالعين
فانه يزكي الماشية لحول من يوم الشراء وكان الواجب على هذا ان يزكي الثمن اذا باعها

لحول

لنوع الشراء لأن البيع انما يثبت بالعقد بينهم وفيهما بالوجوب من الزكاة ولا تهمة في اشتراء
انما يثبت بالعبرة اكانت زكاة العين موكولة الى امانة اربابها فلا تهمة في العين فان
وانما قال مالك واشهب اذا مات رب المال انما يثبت عن نصاب ما يثبت بعد حولها وقبل
مجيء الساعي انه لا زكاة على الوارث واذا مات بعد طيب الحبوب والثمار وجبت
عليهم لأن الله تعالى فرض اوجب زكاة الحبوب والثمار بالطيب لقوله تعالى وآتوا حقه
يوم حصاده فإذا مات بعد الطيب فقد مات بعد وجوب الزكاة عليه واوجبت
السنة ان الزكاة في الماشية الا بعد حول وبعد قدوم الساعي فاذا مات قبل قدوم الساعي
فقد مات قبل وجوبها وكذا لو ماتت الماشية بعد الحول وقبل قدوم الساعي انه لا يجب
عليه زكاتها وكذلك من تزوج لأنه مات قبل حولها قاله ابن يونس وانما كان ما لزم
فيه من الزكاة واوصى به يكون في الثلث مبدأ وكذا ما فرط فيه في مرضه من رأس المال لا ما فرط
فيه لأنا لا نعلم صدقه فيه من تفريطه ويمكن ان يكون اخرجه واراد الضرر بالورثة باخراج المال
من رأس ماله ولا سبيل له الى رأس ماله في مرضه فيمنع من ذلك وجعلت في الثلث مبدأة
وقدمت على ما سواها من الوصايا بالاحتمال صدقه ولو علم صدقه يقينا لكانت من رأس ماله
ولا كذلك ما حل عليه في مرضه فانها من رأس ماله لتبين صدقه وانما كانت الزكاة
مبدأة على ما اوصى به من عتق بعينه مع ان كلا منهما موصى به لأن الزكاة لازمة له على
كل حال اذا فرط لم يكن له العدول عنها بخلاف الوصية بالعتق فان له الرجوع فيها
وانما اخرت الزكاة المفرط فيها عن المدبر في الصحة وصداق المنكوحة في المرض مع ان مخرج
الجميع من الثلث لأن الزكاة لا طالب لها معين بخلاف الصداق والمدبر في الصحة وانما
بدئت الزكاة التي فرط فيها على كفارة الظهار والقتل مع ان الجميع واجب لأن الزكاة
لا بدل عنها وعدم البدل يدل على شدة الطلب والاعتناء ولا كذلك الكفارتان
اما كفارة الظهار ففيها عتق وصيام واطعام واما كفارة قتل النفس ففيها عتق
وصيام وانما اخرت كفارة اليمين بالله عن كفارة القتل والظهار وان كان الجميع
يجوز الفرق ان لأن كفارة اليمين فيها تخيير وكفارة الظهار والقتل لا تخيير فيهما وانما

اخرى ككفارة الظهار فتشتركان في رمضان عن كفارة اليمين بالله لان كفارة الظهار في
رمضان وجبت بالسنة وكفارة اليمين بالله بنص القرآن وانما يبعث الامام لزكاة
الحبوب والمواشي ولا يبعث لزكاة العين بل زكاة المواشي والحبوب يتعذر حملها
ويشق كثيرا على اهلها فلو كلفوا حملها لظلموا قاله ابن المواز تنبيه قيد مالك
هذا بمن ترد له السعاة واما من لا ترد له السعاة لبعدهم فعليهم ان يفعلوا ما عليهم
الى المدينة او يحملوا بقيمتها ولم يرد اخذ القيمة في هذا بالشاة وانما قال في
الموهوب له معينا لجزء من الزرع قبل يبسه انه كالوارث فيعتبر حظه فان كان فيه
زكاة زكاه والا فلا ولو حبس زرع على معينين قبل الطيب لكانت الزكاة على
الجملة على قول ابن القاسم وسحنون وعليه حمل ابن رشد المدونة لان الموهوب له بعينه
اذا نص على الزرع كان كالوارث وقد طاب على ملكه فالزكاة على ملكه والمحبس
عليهم لم تطب الثمرة على ملكهم بل على ملك المحبس وان كانوا معينين اذ الرقبة على
ملك المحبس قاله ابو عمران وانما قال ابن الحاجب مشاع ان لم يكن في حب الفجل زيت فلا
زكاة فيه كالحمص وقال في الزيتون الذي لا زيت له والعنب الذي لا يزبب والرطب
الذي لا يتمر يزكى لان حب الفجل الذي لم يكن فيه زيت لا يؤكل بخلاف ما ذكر فانها
تؤكل وان لم تصل الى حالة الكمال ولا اخرج من الزيتون زيتا وانما يعتبر قدر
النصاب في الحبوب والثمار باليبس وفي العنب كونه زبيبا ولا يعتبر اليبس في الزيتون
على المشهور خلافا للشلمانية لان الثمرة تتم منفعتها اذا يبست واما الزيتون
فلا منفعة فيه الا فيما سوى زيته وعلم بانه جمعه وقبل تجفيفه احسن وانما ... عمله
لتعذر العلم وكلما يجمع بافيه للاكل لزيادة فيه وانما كانت فائدة الماشية
اذا ولدت نصابا قبلها تضم اليه ولو بيوم قبل مجيء الساعي وفائدة العين
يستقبل بها حولا وان ولدت نصابا قبلها بل زكاة الماشية موكولة الى
الساعي فلو لم تضم الثانية الى الاولى لادى ذلك الى خروجه مرتين وفيه حرج بخلاف
العين فانها موكولة الى اربابها وايضا الماشية لو وقعت كان ... على حولها

للاذى الذي الحقنا لبعض الصحاب التي فرضها عليه الصلاة والسلام مثلا والثاني ان
يكون نسيان ان يعوز شيئا فرضي بها نصف حول ثم استبدله اربعين ثم اربعين اخرى
فلو بقي كل المال على حوله للاذى المدرج يخرج عن مائة وعشرين ثلاث شياه وهو خلاف
ما نص عليه سيدنا ومولانا محمد صلى الله عليه وسلم وايضا لما كانت زكاة الماشية
موكولة للسعاة فلو لم تغلل البلايل تم للاذى الحال بريء كل شخص انه فر استبدله
ببعض ما بيده لتسقط الزكاة بخلاف العين فان الذمة فيها متشبثة لان زكاتها موكولة
الى امانة اربابها وانما تعلق زكاة الفطر ولا تعلق الذمة ضمنية اذا اخرجنا ايام النحر
لان الذمة جماع ونعتقد انه لا يختص بغير ايام النحر والقرب انما هو على حسب مرابتها الشارع
وامر زكاة الفطر انما تجب بطلوع ليلة الفطر ويومه كزكاة الاموال التي تجب
بطول الحول وان اخرجنا ضمنها لان الطرفة تنفع المساكين […] عليهم قاله
ابو عمران وايضا الله عز وجل خص الايام المعلومات بها لقوله ليذكروا اسم الله
في ايام معلومات على ما رزقهم من بهيمة الانعام فلا يذبح في غيرها ولا حق فيها
للمساكين فيصل اليهم نفعها متى اخرجت وزكاة الفطر منصوص فيها المساكين كزكاة
الحول فمتى اخرجت اليهم نفعتهم قاله ابن يونس وانما تجب زكاة الفطر على الزوج
بزوجته على المشهور خلافا لابن اشرس ولا تجب عليه الضحية عنها على المشهور
خلافا لابن دينار لان زكاة الفطر فيها في الحديث اذ ان زكاة الفطر عن كل من تمونون
وان كان لا احد عن احد في الجميع فخرجت زكاة الفطر بدليل وبقي ما عداها على
الاصل قاله ابو الحسن تنبيه استشكل الشيخ المحقق ابو عبد الله بن رشد الفقيه
السيف رحمه الله هذا الفرق ولو خرج الحديث امثال الضحية واجيب بانه وان لم
يخرج امثال الضحية فهو من احاديث الفقهاء التي يحتجون بها في التعليقات لا يقال ان
الفقهاء ليس لهم معرفة في الحديث اذ لا يحصون بها الحديث مثل الكتب الستة […]
يقبلون منه ما خرج ويقبل منه الفقهاء لانا نقول الاصل في نقل الفقه الضحية […]
ينقل بكثرة شفوقا وقال ابن رشد هذا لان العلم اسرار تحصيله وانتشروا :.

فلو ان اهل العلم صانوه صانهم ∴ ولو عظموه في النفوس لعظما

وانما قبل قول الاب في دفع زكاة الفطر عن محاجيره وان كانوا في حضانة امهم او غيرها
ولا يقبل قوله في دفع النفقة ان كانوا في حضانة امهم لان تصرفه لان زكاة الفطر
لم تجر العادة على اخراجها عنهم سيما وهو يخرجها قبل الغدو الى المصلى
وقد قال في كتاب الشهادات فيمن دفع الثمن قال يفرقه على المساكين وقد قال من قبله
بان كان المساكين معينين وكذلك لم يقبل قوله انه بلا اشهاد وان كانوا مجهولين قبل
قوله وان دفع الثمن زكاة الفطر غير معينين قاله الشيخ ابو محمد وانما قبل
بعدم اجزاء النية في معرفة الفطر واجزاء الفطرة في ان كل واحد منهما غير مفتقر للعين
لما كانت الفطرية من جنس ما تجب فيه الزكاة فهو اشبه بما تقدم ونيته ولهذا الذي
كذلك قاله ابو محمد وانما لا يجزئ اخراج القيمة من عين او عرض في زكاة الفطر ويجزئ
مع كراهة في زكاة العين والحرث والماشية لان حاجة الفقراء في زكاة الفطر اشد
والقوت عليه اغلب والشارع اغناهم عن سؤال هذا اليوم وهو اذا خرج ثمنا او
عرضا لم يمكنه من الاكل منها قبل الغدو الى المصلى الذي هو المطلوب قاله الشيخ
ابو محمد

فروق كتاب الصيام

وانما اتفقوا على قبول الفذ ان لو اخبر بدخول وقت الصلاة ولم يقبلوا بقول
الشاهد الواحد برؤية هلال رمضان او شوال مع ان كل واحد منهما عبادة مختصة بدخول
وقت العبادة لان الوقت مستمر في اخباره الى ان يطلع عليه غيره بعد ساعة وشاهد
بل قد يتفق عليه ولو اخطأ فيه فيشترك للتكذيب عليه بخلاف الهلال فانه لا يعلم الا بقوله
لاستتاره بعد غروبه واحد الشاهد ممن يهم على ذلك تبعه وبذلتهم ووسعهم بما يكال عن فيه
له وايضا الزوال لا بد منه في كل يوم فهو معلوم الحصول في ذلك اليوم لكل احد على
وجه لا يرد بخلاف هلال رمضان او شوال فانه قد يطلع ولا يرى في ... وانما اشترط العدد في
الشهادات ولم يشترط في الرواية مع ان الخبر شامل لهما معا لان الشهادات تتعلق
بمعين فاشترط فيها العدد لعدم التهمة بخلاف الرواية فانها لا تتعلق بمعين الخ

ينبني أيضا على تعليل كل منهما وإنما أثر الرفض في الصوم والصلاة على المشهور
ولم يؤثر في إحرام الحج ولا في الوضوء بعد كماله في خلاف مع أن الجميع عبادات تفتقر
إلى نية لأن الرفض في الصوم للإمساك الشرعي المرتبط به وانتفت نية الصوم بنفس
حصوله فيه فصار ما حصل فيه من الإمساك بمنزلة عدمه وأما الصلاة فسبيلها
إتمام عملها على ما أوجبه الشرع فإذا رفضها ونوى تركها حتى استغرق في نفسه
أن يحدث أشياء أو يأكل أو يشرب وتمادى على أنه في غير عمل الصلاة فقد حصل
منه أيضا ما ليس من سنة الصلاة ولا سبيلها وقد اختلف أصحابنا فيما يؤمر
من هذا فيمن حالت نيته إلى نافلة أو تطوع في فريضة وأما من رفض وضوءه بعد كماله فيه
فمنزلة ليس بشيء لأن حكم الحدث قد ارتفع عنه بكماله ورفض الوضوء ليس
بحدث داخل عليه فتنتقض طهارته فلم يلتفت إلى رفضه وكذلك إذا نوى رفض
الوضوء وهو لم يكمل وضوءه ورفضه ليس بشيء لأن ما غسل من أعضاء الوضوء
حكم الحدث قد ارتفع عنه فلا حكم لرفضه إياه إذا عاد فأكمل باقيه بالقرب
وكذلك أيضا رافض إحرامه ليس رفضه بمفسد لما مضى فيه لأنه إنما عليه مواضع يأتيها
فإذا رفض إحرامه ثم عاد إلى المواضع التي خوطب بفعلها لم يحصل لرفضه حكم وأما
إن كان في حكم الأفعال التي يجب عليه بعد الرفض وفعلها بغير نية كالطواف
ونحوه فقد رفض بعد ما تلبس بذلك وأيضا فما كان الوضوء معقول المعنى من بين
أن الحنفية لم يوجبوا فيه النية وفي رواية الوليد بن مسلم عن مالك أيضا وأن الحج
يحتوي على أعمال قالبية وبدنية لم يتأكد طلب النية فيهما فرفض النية فيهما رفض
لما هو غير متأكد وذلك مناسب لعدم الرفض ولأن الحج لما كان عبادة شاقة
ويتمادى في فاسده ناسب أن يقال بعدم الرفض لعدم المشقة الحاصلة على تقدير
رفضه والله أعلم. تنبيه قال شهاب الدين القرافي رحمه الله رفض النية في
العبادات من المشكلات فإن النية وقعت وكذلك العبادة وقعت فكيف
يصح رفض الواقع وكيف يصح القصد إلى المستحيل لأن النية واقعة قطعا والعبادة

محققة جزما فالفضل في ذلك وإن كان له فضل للمستقبل ورفع للروافع وأما
ما اندرج في الزمان من الروافع فيه وكل ذلك مستقبل والجواب عنه
أنه من باب التقديرات الشرعية بمعنى أن صاحب الشرع يقدر منزلة النية أو
منزلة العبادة في حكم ما لم يوجد لأنه يبطل وجود ما اندرج في الزمن الماضي
فلا يجوز عليهما إلا حكم عبادة لم توجد قط وما لم يوجد قط يستأنف وبعلمه
يستأنف وعلى هذا فهو من قاعدة تقدير رفع الواقعات لا من قاعدة رفع
الواقعات فالأول محكم قطعا والثاني مستقبل قطعا ونبه رحمه الله على قاعدة
أنها غير الرد بالعيب والعتق عن الغير ومن قال لامرأته إن قدم زيد وآخر الشهر
فأنت كما لو من أوله فإنما فيه إباحة الوطء فالإجماع إن قدم زيد تبين الفرق
السادس من التفسير وإنما كان أفضل الصوم في السفر والأفضل في الصلاة
فيه وكلاهما رخصة في عبادة لأن العبادة إذا ذهب وقتها صارت قضاء وإذا
عملت في وقتها كانت أداء والأداء أفضل من القضاء كما قلنا وليس كذلك الصلاة
بل اجتمع فيها الأمران الأداء والرخصة لأنها في الوقت تنبيه يرد على القرافي أن
يقال والإتمام أكثر عملا وقد قال عليه الصلاة والسلام أكثركم ثوابا أكثركم
عملا والأقرب أن يقال ترجيح القصر من حيث هو فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم
كثيرا ومن حيث أن فيه تعجيل براءة الذمة والبدار إلى الخير والتأخير إلى الصوم فيه
خلاف ذلك كله فكان من حيث الصلاة القصر فيها أفضل من نية وفعل رسول الله
صلى الله عليه وسلم كثيرا ولا يذكر عنه غيره وفيه رفع من براءة الذمة والبدار
إلى الخير كما كان في الصوم في السفر وإنما جوزوا الفطر في رمضان بسفر القصر بالإجماع
ولم يجوزوا فيه في صوم كفارة الظهار لأن الكفارات مع كونه أدخله على
نفسه فكان من الغلول وزور وكذلك كفارة المسك في رمضان وكفارة القتل لأن كل
واحد منها مسبب أيضا وواقع حراما فناسب التغليظ ولا كذلك رمضان فنبه
عمرو الشيخ أبو الحسن اللخمي رحمه الله بأن الله تعالى أباح الفطر في رمضان إذ كان في السفر

وإن كان

وإن كان مستطيعا وقال ابن القصار يستحب وهذا مستحيل وفيه نظر لأن
الشوافع وأهل العراق ما فرقوا وإنما قال مالك في نافلة الصوم والصلاة وغيرهما
ما أشار وجوبها بالشروع أن كان إفسادها مما لعذر وإنما كالنسيان فلا قضاء
فيها وإن كان لغير عذر فالقضاء وقال عبد الوهاب الوجوب في القضاء أن لا يعود بنقيض شيئا له
وعمل به أن العمل إذا كان شيئا ثم أوقعه فروعه ما كان أن يقع واجبا وإن لم يكن
واجبا لم يكن القضاء مرتبا فإذا لم يكن عذر بشيء من ذلك والوجوب ثابت في
أنه يقع لوجود شرط الوجوب فإن وقع الفطر في الصوم وجب القضاء وإنما
كان الفرض يقضي مطلقا والنفل يفصل فيه وكان القضاء من يقتضي أنه قضاء في
النفل مطلقا لأنه كذا ورتبة الفرض لأن النفل بالشروع فيه صار الفرض فوجب أن
يحكم بحكمه ما لم يعارضه معارض وهو قائم له في العذر فيلغى وإنما كان التطوع
في الصوم يفرق فيه بين العذر وغيره وأنه عندكم يتعين فيه القضاء مطلقا في
أن كل واحد منهما قد وجب بالشروع والوجوب سبب القضاء لأنه عندكم اختص
بأشياء ليست في غيره فغلظ حكمه وإنما قدموا صوم المتمتع على قضاء رمضان في
المشهور إذا لم يتعين وأخروه مع التعيين لأن المتمتع لما فاته ثلاثة أيام في الحج فله
أن يصليها القضاء قبل صوم التمتع لأداء الحج بصوم من غير عذر لزمه وأيضا لما كان
قضاء رمضان واجبا موسعا وصوم النذر واجبا مضيقا لقوله تعالى فصيام ثلاثة
أيام في الحج وسبعة إذا رجعتم والقاعدة عند تعارض الموسع والمضيق تقديم المضيق
أولا وتدرك علة عامة وهو من أدل الدليل على قول علمائنا بأنه مؤقت وأن تأخيره
مع التعيين قضاء رمضان يوجب تأخير كذا الفدية وتأخير صيام التمتع لا يوجب
شيئا وإنما كان إن أطاع رمضان عن رمضان يجزيه عن أحدهما ويلزمه الثاني أو الأول
خلاف والحرمة تحملهما وإذا أطاع شعبان زوج قضاء رمضان عن كفارة لم يجزه رمضان لعدمه
ولا الكفارة لأنه من أطاع رمضان قضاء عن رمضان صار قد تمثله في الرتبة والغرض فأخرج
ه من جزء لغرض وناب عن أحدهما وأنه من أخرجه لغير غرض وهذا به لما ليس من جنسه

ولا في فوته بلم يجز له عن واحد منهما قاله عبد الحق تنبيهات الاول معنى الشيخ
ابو الفضل سيدي محمد بن منزلة النذر وقال العكس اولى لان الصوم كله شيء واحد وبل في القول او
تغاير بل كان الفرق في التتابع والعدد وبخلاف ان كان احدهما الاضعف قبل وقد يقوى
منزلة النذر في مسئلة من حج ناويا بنذره وفريضته فانه على المشهور يجزئه عن نذره
دون فريضته الثاني استشكل بعض الجزولي رواية ابن ابي اويس وقال بعض شيوخنا لا يصح
الجواب والالزم بكلام الجواب للشيخ فمن يجزئ ولا يجزئ واجيب عنه بان الكفارة
بالاخرة فكانه يقول اجزأه عن احدهما ويقضي الاخرى وفيه نظر وانما قال ان الفضل سيدي
في النذر المعين يقضيه اذا افطر فيه بالنسيان ولا يقضيه اذا افطر فيه لمرض لان الاول نوع
تفريط ومعذور بخلاف الناسي فان معه ضربا من التفريط وانما يقضي النذر فيما في
قول ولا يقضي التطوع ابدا اذا افطر فيه بالعمد الحرام لان التطوع اخف رتبة من النذر
في جملة ابدا على نفسه وانما وجب قضاء رمضان للعذر لمرض ولا يجب قضاء النذر
المعين بعذر المرض لان رمضان احكم حرمة لقوله تعالى فعدة من ايام اخر فالنذر المعين
فرع دائر بين التطوع وبين صوم رمضان وانما قالوا اذا افطر رمضان عن نذره وفي بقيته
لا يجزئه عن واحد منهما لانه نوى نذره وحجة الفريضة اجزأه النذر فقط لان رمضان لا
يقبل غيره ولذلك لا يجزئه عن القضاء النذر بخلاف الحج فان الزمان لا يتعين
بحجة الفريضة وانما اوجبوا الكفارة على مكره المرأة على الجماع ولم يوجبوها في
مكره جماع الرجل وان مكره جماع الرجل متسبب ومكره المرأة مباشر تنبيه قال
ابن عبد السلام لا يقال اوجبت الكفارة على المكره لانه لا يستبد هو بها لان ذلك
فقوض بين صب في حلقه ماء مكرها فهو كذا من المزنية وفي ذلك يجب على وجوب الكفارة
في ذلك اعني في حق كل من صب الماء وانما قال ان كثيرون يستغربون الكفارة على الجماع
مكرها واوجبوا الحد عليه لان الكفارة منوطة بالانتهاك وهو متسبب مع الاكراه
بخلاف الزنى وانما منع الحيض والنفاس الصلاة والصوم ولم يمنعا الحج لان الصوم
له زمن مخصوص للادائه وليس لقضائه زمن مخصوص بل يقضى في كل وقت وكذا ايك

الصلاة بخلاف الحج فان وقت اداءه ووقت قضاءه واحد فلو منع منه الحيض والنفاس
لان الحج شغلهما اذ ليس له زمن قضاء وان الصوم له زمن قضاء وانما اوجبوا القضاء على
فاسد الحج والعمرة والصوم ولم يوجبوه على فاسد الصلاة لان فساد الصلاة غالبا
انما هو بترك ذكر او شرط وليس ذلك مما يقبل التبعيض من ادائه فاراد الشارع في الاول
الزجر فغلظ فيه بطلب التمادي والقضاء مع الكفارة ولان الصوم والنسك لا يفعلان
الا مرة في السنة فلا مشقة فيهما بخلاف الصلاة فانها تتكرر فلو امرنا بالتمادي
في فاسدها لشق ذلك قاله التادلي

فصل كتاب الاعتكاف

وانما صح ايقاع الصلاة المرتبة المنذورة بطهارة او نوى بها لغيرها من الفرائض
او النوافل ولا يصح الاعتكاف المنذور بصوم رمضان او غيره من انواع الصيام لان الصيام
في حقه لازم ولو لم يعتكف فليس له صوم نذره بانية ومن ذلك الصوم وسواء
عن شرطها او ركنها بخلاف ملتزم الصلاة فانه لم يوم بكفارة مستقلة مثلا نعم
الا اذا كان على طهارة لان المقصود من الطهارة ان تبطل حكم الحدث وهو حاصل فلو
امر فيه مرة اخرى قبل الحدث لكان تحصيلا للحاصل وانما جاز للمعتكف ان يعقد النكاح
ويتطيب ولم يجز ذلك للمحرم لان المعتكف عنده وازع وهو الصوم والمسجد وذلك
مانع من قوة الداعية بخلاف المحرم وايضا الحج عبادة طويلة فاحتيط لها وايضا
الحاج مسافر في الغالب يغفل عن الاشارة الى ذلك فكثرة التذكر المؤدي الى الفساد في
بخلاف المعتكف وانما قالوا اذا اجرت الكبير نفسها على ان ترضع في بيت الصبي
فلان زوجها انما تزوج التي في زوجها تعتري فيه وليس لها ان تبيت في غيره واذا سبق
الاعتكاف الطلاق لم تخرج من اعتكافها لان بيت المعتدة في حقها انما هو حفظا
للنسب واحتياطا لما يدخله من الشبهة فيه والمعتكفة موضعها المسجد فيؤمن عليها
ان يطرق فيه حرمة ومنع من اخراج اعتكافها المنوعة من النكاح فيه اجل سنة ان تركت فيه
وانما يخرج المعتكف لعيادة ابويه او احدهما ويبتني اعتكافه ولا يخرج لجنازتهما

في الا يوجد من ينوب عنه من يأتي به ويشغله بتركه ما ولا كذلك الموت. تنبيه

قال الفاكهاني قال ابن الماجشون سند من عنان الفقه في هذا الفرع نكر لان ذلك من وقفهما ويلزم

اذا كان احدهما مات عن خروجه بسببه الاخر وانما لا يأتي المريض اذا اهل ليلة العيد

واذا صح في بعض اليوم فانه يرجع ولا كذلك انما يفرق بينهما والجامع بينهما

في كلام الزناتي بين التي كمنت فيه انما يفترق في ان المريض

لغيرهما بخلاف العيد فانه لا يمنع هو منه بالرجوع لتوهم انه

هذا المعتكف دائم فان قال ابن ابي سعد وانما قالوا في العيد اذا انزل معتكفا فيه

بغيره اذن سيده فمنعه منه ينقضي في ذمته وان عتق بعضه ولنبين للسيد ان يشغله

مطلقا بخلاف المدبر فان له ان يشغله ويبطله في الحال وانما ان في ذمته

العبد غيبة يحضر لمنعه بخلاف النذر فان للنادر غرضا في العبد اذا عتق يكون مستغنيا

غير محتاج حتى ان يمنعه ليعطيه شيئا منذرا واذا كان مدبرا فلا انتزاع فلا يسترقه

غرض سيده فلذلك كان له ان يشغله بخلاف نذر الاعتكاف وانما يمنع العبد

من الاعتكاف بغير اذن سيده ولا يمنع المكاتب من اعتكاف اليسير لان المكاتب

احرز نفسه وماله فليس لسيده عليه اعتراض الا فيما يؤدي الى عجزه ويكون ذلك

الذي في الاعتكاف الطويل وانما اشترطوا الكفارة في تتابع الجماع والكراهة

في استئناف خلافا للعبد وأوجبوا فيما استثناه الا اعتكاف ابتداء

الكفارة مؤكدة بانه تتابع والاكراه والنسيان فيما عنه ولا كذلك

استئناف الاعتكاف فانه كالقضاء في رمضان وانما يلزم بالنية عكوف

ايام او شهر او شهور بالدخول في اول يوم منها واذا نوى صوما فانه لا يلزمه

متتابعا وان نواه الا اليوم الذي دخل فيه لان الاعتكاف في تمام الايام

كيوم واحد بخلاف صوم الصوم فانه غير متصل لان الليل فاصل عن الصوم

والعكوف عمل متصل في الليل والنهار فهو كاليوم الواحد في الصوم وانما اذا

كان ينقلب فيه بالليل الى منزله مثل الصوم لا يلزمه بالنية والدخول في اول

في أول يوم منه وكل يوم منه إنما يترتب عليه بدخوله فيه وأما ما قد يغلب
فيه صوم كالاعتكاف فالدخول في أول يوم يلزمه جميعه وإنما قال في المدونة إذا
نذر أن يصوم بساحل من السواحل أو بموضع يتقرب بإتيانه يلزمه الصوم بذلك
الموضع ولا إن نذر اعتكافا بساحل من السواحل يعتكف في مسجد موضعه لأن الصوم
ينتفع به من أهل سرور الجهاد والاعتكاف ينتفع من ذلك كله فلذا كان اعتكافه في
موضعه أفضل وإنما كره في المدونة للمعتكف أن يخرج لحاجة الإنسان في بيته
للريبة وإن علل ذلك بأنه يلقى فيه زوجه ثم إن المسجد لأن المسجد وازع يزعه عن الاستمتاع
والبيت ليس فيه وازع يزعه فربما استمتع

فروق كتاب الحج

وإنما قالوا إنه يعتبر تفاوت نفقتهما بأن يبيع عروضه ومواشيه وإن أدى ذلك إلى
أن يترك ولده في الصدقة وقالوا إن كان لا يتوصل إلى الحج إلا ببعض بدنه قال محمد بن المواز
أن من حج بمسألة لا أرى أن عليه شيئا لأن عطاء مثلها إعانة للطالب على كلامه ونفقته ولذلك في
ابن قال وإنما قالوا يحرم ركوب البحر إلى الحج إذا علم تعطيل الصلاة أو بعض أركانها فيه
ولا يحرم ركوبه إلى الجهاد وإن أدى إلى تضييع فرض من فروض الصلاة بل يجب مع أن كلا
منهما عبادة دينية مهمة لأن المراد من الجهاد أن تكون كلمة الله هي العليا والقيام
بها أشرف من القيام بالصلاة من جهة القيام بالتوحيد كله وعدم القيام بالصلاة
لا يعود بالضرر على المعروف وبغيرها تتمم ابن شيلة والحج مع الصلاة بالعكس لأن منه
أفضل تنبيه ذهب الباجي رحمه الله إلى ركوب البحر إلى الحج وإن أدى إلى تعطيل
بعض أحكام الصلاة وحمله بعض الشيوخ على ما تضمن فيه فالزواقة تعجيز بعجز
بغلبة بركوبه وإن أدى إلى تعطيل بعض أحكام الصلاة يريد أن الصلاة على الفور إجماعا
والحج مختلف فيه وإنما كره مالك في الموازية للمرأة المشي البعيد إلى حجة الإسلام
وأوجب عليها المشي البعيد في الحجة المنذورة وكلاهما واجب لأن المرأة لو كلفت
المشي في حجة الإسلام للزم منه عموم المشقة والحرج بخلاف النذر لأنه نادر لا

تادية وقبل الوقت نفسهما ذلك بتمييزهما الى ثوابه ابن عبد السلام لم يكن عنده الا
فوت يوم النحر فانه لا يلزمه اخراجه في زكاة الفطر ولو نذروا اخراجه للزوجة والامة
الغلام وانما تشترط زيادة النفقة على الولي لانه الذي اخاف عليه الضيعة ان لم
يكن معه الى الحج ولا تشترط عنده العربية ولا اجزاء الصبي ان احرم به وبعد موته جعلهما
ربه والولي انما يمنع الخروج به الا الى الاحرام به فكذا به قال الذي يعلوه فيما قالوا
في الصبي اذا احرم بغير اذن وليه فحلله ثم بلغ ان له ان يحرم ولو في ليلة النحر ويجزيه
عن حجة في العبد اذا احرم بغير اذن سيده فحلله ثم اعتق انه لا يجزيه بعض في
قول ابن القاسم العبد كله يجزيه قضاء ما ترتب عليه اذا عتق لتسببه مع عدم اذن
سيده وانما قالوا اذا اشترط عليه الافراد بوصية الميت فقرن نفسه واذا
قيد العادة والجميع مخالفة لعرف الموصي في عرف المتمتع كان مرجعه مكرمة العود
وايضا القارن شريك في العمل فانه يقضي ما استوجب عليه والمتمتع لم يشرك وانما
اتى بما عليه فيه دم والذي ليس يوجه في الحج وايضا القارن استوجب على عدم تعيينه
والمتمتع استوجب على علم وهو تنبيه اعترض الغزواني قول ابن ... ان عينه
اقر البينة لم تجز ... اعترض الثاني
بان المتمتع ايضا ... واعترض الثالث بانه احالة
للمسالة عن موضعها وانما قالوا اذا احرم بالحج قبل اشهر الحج انه ينعقد على
المشهور واذا احرم بالصلاة قبل دخول الوقت لم ينعقد لان اعمال الحج ... بس
للصلاة في امور شتى قاله عبد الحق وايضا الحج اذا احرم به قبل الوقت لا يمكن ان يوقع
قبله ... تنبيه لا يقال يشكل ... بالصلاة قبل الوقت ...
ولم يوقع ابن ... قوله لانا نقول ... فيهما قبل الوقت وان يكن
... وانما هو انشاء الحج من مكة و...
... انشاء العمرة ... فيهما ... يجمع فيه بين الحل والحرم وذلك
حاصل في الحج بخروجه الى عرفة ومن حل ولكن العمرة فلا ... انشاءها

حتى

من الخروج الى الحل والا فقال ان يحرم بها من الجعرانة او التنعيم وانه كذا في المدونة
لا يحرم الماشي حتى يشرع في المشي والراكب يحرم بمجرد ركوبه لان الراحلة تنبعث به
ذا ابتدا او للشيء والقايم فيقوم نحو الوجه يشرع فيه في المشي كما نبه عليه
ذا ابتدا قاله ابو عمران وانما يرفع صوته بالتلبية في المسجد الحرام ومسجد منى
ولا يرفع في غيرهما لان هذين المسجدين بنيا للحج وايضا ان من فيهما من الرياء خلا
بخلاف غيرهما وانما قال ابن القاسم فيمن احرم بحج وفاته الحج فاراد ان يكون
ويتمتع بين العمرة والحج فينظر شوال الشهر الحج المستقبل لا يفعل واخاف ان لا يجزيه
ويصير احرم قبل اشهر الحج له ذلك لان الذي فاته الحج لما كان له ان يحل منه في عمرة
ولم يفعل لم يجز له ان يكون متمتعا قبل اشهر الحج ومن الذي احرم قبل اشهر الحج
فرتدوه في ابن غازي وليس له ان يحل منه وانما يجب دم التمتع والقران على
من هو في دون المسكن من ... ثم من حقه ان يأتي الحج في شهر والعمرة في شهر فان
فلما تمتع باشتغاله امر الشهر بان يجب الدم عليه الهدي والمكي لم يسقط سفرا
فيلزمه الهدي لذلك تنبيه انكر بعض ائمتنا جريان من القروي بين ان يتمثله الصم
باشتغاله اخر الشهر بن رشد فلان يلزم على قولهم ان من اعتمر في غير اشهر الحج ثم حج من عامه
ان يكون متمتعا لانه اشتغل اخر الشهر من هذا خلاف ابن جماعة قال وانما سمي
متمتعا لانه حلاله بين حجة وعمرة انتهى بن رشد وقال ابن عبد البر من هذا القروي لا يلزم
لانه انما يلزمه اشتغاله اخر الشهر من اشهر الحج ولو لزم من ذلك في اعتماره في
غير اشهر الحج لعكس الجواب عليه فيقال ليلزم ان يكون من عمرته .. غير اشهر
الحج ليس هذا فرحل بين حجة وعمرة فيلزم على قوله ان يكون متمتعا بهما لمراعى
اشتغاله اخر الشهر بين اشهر الحج وانما جعل بعض اهل المدينة ابعد من غيرهم
من الحرم قبيل لان اهل المدينة لما كانوا بالقرب من مكة لا يلحقهم الحرج في سفرهم
كما غلبهم ابن غازي ليمالهم فلا نال غيرهم من ذلك فاقيس من الحرم وانما جاز بيع العنبر
والذهب فيه الجنس ويجوز ابن فيه المعتزلة ولاداء اجر عبده شهرا لم يجز بيعه لان العنبر المحرم

منا وقته لتشتريه وكذلك الآفاق المعتبرة وفي ابن ناجي منا وقته فمن بلغت فيستحب
من كان في الإحرام منها فإن كان المشتري من هنا كان ذلك أخف وإن كان الموضع بعيدا الا انه
خارج معه وسلم به وإن كان غير معروف بذلك فلا بأس إلا أن يكون الموضع قريبا والإيلاج
يسيرا قاله اللخمي وإنما يحرم بالصبي والمجنون ولا يحرم بالمغمى عليه لأن ابن عمر
عارض يزول ويكره أن يشتري به الدين بمال وهو معروف وأن يشترى في الحال ولتسير الصبا والمجنون
الصبي ما يرتكب في الحال وإنما أوجب في المدونة الدم على من نسي الطواف جملة ولم يوجب
على الذي طاف على غيره وهو لأن الذي طاف على غيره وهو أتى بصورة الطواف فأثبت الصورة
حكما ابن ترى أن ابن فلاح إذا صلى بالناس وهو جنب أن صلاة القوم مجزئة وكان يقول من
بلغ في عادة وكذلك أن صلى بهم الجمعة أجزأتهم وأعاد هو فلا تثبت للصورة ابن فلاح
حكما ومراعاة للخلاف إذ أبو حنيفة لا يشترط الطهارة في ركعتي الطواف قاله أبو
عمران وإنما قال في المدونة إذا نسي شوطا من طواف العمرة أنه يرجع إليه من بلده
وإن نسي ركعتي الطواف وقد أصاب النساء فليركعهما ببلده ويهدي لأن من نسي شيئا
من الطواف فنسيه فإنه من طلب العبادة وكأنه لم يأت بتلك العبادة أصلا فيجب عليه
الرجوع إليها والذي نسي الركعتين لم ينس فإنه من طلب العبادة وإنما نسي ما هو
شرط فيها والشرط أضعف من الركن وإنما كان المحصور بعدو يحل مكانه والمحصور
بمرض لا يحله من إحرامه إلا البيت وإن تكلما ورابع ذلك يسير لأن الواجب على من أحرم بحج
أو عمرة إتمام ما دخل فيه لقوله تعالى وأتموا الحج والعمرة لله إلا أن يأتي ما يمنعه
من الوصول معه إلى البيت وهو خوف العدو فيحل مكانه كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم
عام الحديبية فأما المريض فحاله فإنه يمكن معه الوصول إلى البيت وقد قال الله تعالى
ثم محلها إلى البيت العتيق قبل محل الشرائع من ابن هلال وغيره من شعائر الحج والخروج
منها بالطواف بالبيت والسعي بين الصفا والمروة فكان ذلك مخالفا للحصار
بالعدو قاله ابن يونس وأيضا فمقتضى الدليل أن كل من شرع في حج أو عمرة لزمه كمالها
فجاء ما جاء في المحصور بعدو وبقي ما سواه على الأصل وإنما يحل من أحرم بعدو ولا

نه

بحل

بجامع مشترك هو على الفور لأن المحبوس في خمر عشرا فما لم يعود معه وقد
موشركه في وجوبه الحج وهو مسلوك الطريق لأن الطريق مسلوكة وأيضا ليعم فيها
كان خاصا فليس في إيجاب القضاء معه فسقط شرطه وإذا كان عاما فقد
إيجاب القضاء فسقط شرطه فلم يجب فيه القضاء وإنما قالوا فيمن
افتيت عليه هلال الجماعة وهو في السعي أنه لا يقطع وإذا افتيت عليه
وهو في الطواف يقطع لأن الطواف لما كان في حكم الصلاة يقطع للأذان والسعي
فخالفه ابن نافع بخلاف السعي بين الصفا والمروة فإنه في المدونة والعتبية
وإنما قالوا فيمن وطئ بعد عرفة وقبل طواف الإفاضة ورمي جمرة العقبة
أو أخرهما في يوم النحر أو قبله يفسد حجه وإذا كان قبلهما وبعد يوم النحر
لم يفسد حجه وعليه الهدي لأن جمرة العقبة لما خرج يوم النحر صارت قضاء وصار
الطواف كالقضاء لخروجه عن وقته الكامل المقدر شرعا والقضاء أضعف من
القضاء الأداء لانحطاط مرتبته في رمضان عليه القضاء والكفارة وإذا أفطر في قضاء رمضان
فلا شيء عليه إلا القضاء وإنما قال ابن القاسم يجب عليه إذا أفسد قضاء الحج المفسد
أن يقضيه ولا يجب عليه أن يقضي قضاء رمضان لأن الحج لما كانت كلفته شديدة
شدد فيه بقضاء القضاء بخلاف الصوم لخفة مشقته وأيضا القضاء في الحج
على الفور وإذا كان على الفور صارت حجة القضاء كأنها حجة معينة في زمن معين
فيلزمه القضاء فيه فأشبهها كحجة ابن سلام وأما زمان قضاء الصوم فليس بمعين
وأيضا الحج عمل في إفساده وعليه قضاؤه قاله أصبغ وليس بشيء وإنما قالوا
فيمن أكره زوجته على الجماع وهي محرمة يحجهما ويكفر عنها وإن كانت غير ذلك وإذا أكرهها
في رمضان فلا يكفر عنها على قول ابن القاسم إذا فسدته ليس فيه غرامة قال بخلاف
الحج لأن المؤنة في الحج بفساده بخلاف الصوم فإنه لا يجب الكفارات عليهما وإنما
قالوا في الحلال يدخل الحرم بصيد أنه يملكه وإذا أحرم الحلال بصيد زال ملكه
عنه ووجب إرساله لأن زمن الإحرام حرام قريب بخلاف الحلال في الحرم فإنه بكونه

ويؤدي ذلك الى فسقه لا سيما فيمن يقوم من اهل مكة وغيرهم. تنبيه واورد
على المشهور ان الحلال اذا احرم وبيده صيد زال ملكه بزوال والمحرم يوم من معه بيده
من المسلمين بان اتفقا فيمسكانه حتى تحللا فيعيطانه جاز انه لا يجب عليه ان اتفقنا
على المشهور وانما يجب عليه دم المتمتع والقران المحسنين ولا يجب عليه دم
المتعة والقران الغائبين قبل الفساد او بعده لان الفوات بيبيع القطع فتذهب معه
القران والتمتع في الفوات والحكم خلاف اذا فسد لانه يجب عليه التمادي في
فيبقى معه نعمها كما هو ولذلك وجب ترتب اثرها وهو الهدي كما في التوضيح
وانما كان قطع الدلالة الحرم اوفى يجعد كالميتة للحلال والحرام والشاة المغصوبة
اذا ذبحها الغاصب لا تكون كالميتة بل لقيمتها في الصيد عن الفعل والذبح يستلزمه
خلاف الغاصب لانه لما قصد الشارع الزجر عن قتله كان جعله ميتة على حسب
ما دل هو ابلغ لذلك اذ لو لم يجعل ميتة لتوسع الناس الى افتراك الصيد وقتله
ويعطون جزاءه فجعله اقرانا لا يكلا به غير معتبر فذلك المغصوبة فانها موقوفة
تدارك ويكلا لسماع معتبر وانما يأكل المحرم من ساير الهدايا ويطعم منها الغني والفقير
الا جزاء الصيد ومنسك الاذى ونذر المساكين بعد محله لان جزاء الصيد قيمة متلف
وفدية الاذى بدل عن الترفه وايضا لما كان في فدية الاذى وجزاء الصيد مخير بين الصوم
والطعام ابتداء ثم اشترى جاز كانه بدل الطعام فكما لا ياكل من الطعام لا ياكل من
بدله وانما يجزئ ما قرنه هدي عن متعة من الهدايا مقلدا او لم تكن ولعل والا هدي ضحية خلاف
ذلك لان الهدايا انما يرجع ملكا ولا ميراثا والاضحية تخرج عنه قطعا وانما كان
في جماع مكة والحرم شاة وفي جماع اهل الغنيمة لان جماع مكة بالف الناس فيشدد فيه
حتى لا تسرع ايدي الناس الى النبي وانما يجزئ في هدي قطع وقلم ولا يجزئ الهدي ضحية
الا بعد ذلك القطع في العيد لما كان يحلل بالناس توقف الذبح على قيده خلاف
الحج لانه لا قلادة عليه عليهم وانما اشترط في المدونة للقارن والمتمتع اذا ايسر
بالهدي بعد ان صام يومين او يوم قبل ان يقدر ولا يصوم ولم يستحب ترك ما عليه الهدي

في الصلاة بغير ان خلف فيهما بالتيمم فطعنه ابن الجهم لو امرناه بابن يتيقنا ان في
الامر لنزع الخفاف فافضى من صلاته بخلاف الوضوء فانه يحصل له اجر الوضوء من المستقربين
وانما قال ابن القاسم اذا مات المتمتع بعد جمرة العقبة فالهدي من راس ماله
وانما لا تجب عليه الزكاة وقد عرف ان ذلك لم يوص ولم يفرط في اخراجها لانه
ان اوصى بها كانت من راس ماله وان لم يوص بها لم تكن في ثلث ولا راس مال الا ان
يشاء الورثة ذلك لان الهدي ولو انه لم يجب اذ من شانه ان يفعلوه بشبه وسياق
من اعمال الحج المعروف والشهرة لك مما يفعل من البلاد ثم انهم لا يتطلعون في اخراج الزكاة
من الزرع الذي يموت صاحبه وقد بدا صلاحه وان لم يوص باخراج الزكاة للعلم
بان صاحبه لم يؤد زكاته واشهب يرى اخراج زكاة اموال الناس على الورثة واجبا
وان لم يوص الميت باخراجها اذا مات عند وجوبها ولم يفرط قاله في البيان وانما
قالوا ان من رمى سبع حصيات في مرة لم تجز له الا واحدة ويرمي بعدها ستا واذا حلف
ليضربن عبده مائة سوط انه اذا جمعها وضربه بها ضربة مرة واحدة انه لا يبر ولا
على واحدة بانه ان جمعوه في الابدان الذي يلزم بالضرب لا يحصل اذا جمع الاسواط وضربه
بها ضربة مرة واحدة قاله ابن يونس وانما قالوا اذا نتجت الشاة او البقرة او الناقة
ومن نذر ان يهدي حملا ولدها معها الى مكة ويذبح او ينحر معها واذا ولدت الضحية
قبل ان يذبح ولدها معها من غير ايجاب لان الضحية لا تتعين بالشراء والهدي
يتعين بالتقليد او بالاشعار ولان الهدية كبعض اعضائها وقد يعلم فيه من العيوب ما يجزئ في
اعدي وانما لا يصوم الثلاثة ايام في الحج والسبعة اذا رجع من وجد مسلفا وهو
غني ببلده فيصوم ما اذا لم يجد مسلفا وكان غنيا ببلده ولا يؤخر الهدي ليهدي ببلده
وانما لا يتيمم حيث فيها وقالوا ان غاب عنه لا يتيمم لان كفارة اليمين له سعة
في تاخيرها فلذلك لم يجز له الصوم والاخر مخالف بثلاثة ايام يوقعها في الحج
ان سعة له في تاخيرها فجاز له الصوم هذا قاله عبد الحق وانما لم يوجبوا
الفدية على من كرع فيما له على كفرها واوجبوا عليه الكفارة اذا حلف ان

يلبس ثوبا وجعله على كتفيه او على منكبيه لان المحرم انما منع من الترفه والا ينتفع
بالمخيط ولم يحصل له ذلك بخروج قميصه على كتفيه واما الحالف ان لا يلبس ثوبا
فانه حنث لو جعله على كتفيه لان الحنث يقع بادنى شيء ولان ذلك لباس لغة
وانما قالوا في المحرم اذا لم يجد النعلين انه يلبس خفين بشرط قطعهما ولا يلبس الخفين
ويقطعهما اسفل من الكعبين ولو بيع الماء بغبن فاحش لم يلزمه واشتغل الى التراب بان
المحرم مختار للبس الخفين ولو شاء مشى حافيا والمتيمم مضطر غير مختار فكان العذر
وانما اوجبوا الفدية على المحرم اذا انقلب في نومه على جراد او ذباب او غيرهما
ولم يوجبوا عليه فيما جرى في نومه على وجهه من صيد او غيرها ثم انتبه فنزع عنه
شيئا لان المحرم اذا انقلب او ذبابا في نومه كان ذلك اتلافا للنفس واتلاف
النفس يستوي عمده وخطؤه لقوله تعالى فجزاء مثل ما قتل من النعم وقوله ومن قتله
منكم متعمدا خرج مخرج الغالب فلا مفهوم له قاله ابو عمران وانما لم يوجبوا
الجزاء والانسان على المحرم وفي بيته صيد واوجبوه على المحرم ومعه صيد في
قفص لان القفص هو حامل له ومشتغل به بخلاف ما لم يبدله وما كان في البيت فليس هو
في يده وهو من قبل عنه غير مصاحب له قاله ابن يونس وانما جعل الله التحكيم
في جزاء الصيد وفي النشوز اثنين دون سائر الاحكام لان الحاكم لما كان لا يحكم بعلمه
للتهمة جعلت عليه البينة شاهدان والحاكم في جزاء الصيد والنشوز انما يحكم
بعلمه فاقيم الاثنان مقام البينة في سائر الاحكام لتنتفي التهمة قاله الباجي
وايضا التحكيم في جزاء الصيد والنشوز نادر وسائر الاحكام تكثر فلو جعل
فيها حكمان لتوقف احدهما على الآخر وادى الى تعذر الفصل وبقاء الحرج والفساد
وانما كان رمي الجمار محللا من شيء دون شيء وطواف الافاضة محللا لكل ما
الاحرام يمنع القاء التفث والصيد والطيب والنساء وسائر الترفهات ثم ان رمى
جمرة العقبة نزل المحرم فيه الى القاء التفث وهو الحلاق ولم يبح ان يكون مندوبا
الى بعض دون بعض فجاز له ذلك باجماع وما شرع بدايه وبقي الاحرام على

بما به فيما عند ذلك وهو المنع من النساء والصيد والطيب حتى يأتي بالكمال وإنما
لا يؤكل من هدي التطوع إذا عطب قبل محله ويؤكل من الهدي الواجب مع أن الجميع هدي لأن
هدي التطوع يتهم أن يكون فعل ذلك ليأكل منه وإذا هو عطبه قبل محله وهو لا يتهم في غيره

فرق في كتاب الصيد والذبائح والضحايا

وإنما قال ابن حبيب يؤكل ما وقع في مهواة إذا عقر في جنب أو كتف وقال في الصيد بل وإن دخل
إذا أنفذت لا يؤكل بالعقر والجامع أن كلا منهما لا يتوصل إلى ذكاته في محلها لأن ما وقع في
مهواة تلحقه مشقة في ذكاته فأشبه ذكر ميتة للأموال بخلاف ما نحن فيه من الصيد والنعم وأيضا
التوحش الطارئ لا يساوي الأصلي تنبيه قال ابن عبد السلام في هذا الفرق نظر لأن
البعير الناد أقوى شبها بالوحش من الشاة فلم ورده ابن عرفة بأن العلة العجز لا التوحش
وإنما قالوا في الصيد يغض وفي الكلب يوصل الحيوان ذكاته بعض مشقة أنه لا يؤكل بالعقر على
المعروف وإذا أرسل كلبا ثم ثانيا فقتله الثاني بعد إمساك الأول أنه يؤكل لأن بعد
إمساك الأول موقوع وإنما قال في المدونة إذا أرسل على جماعة ولم ير غيرها شيئا ونوى
وأكل ما وراء ما غير هنا فهو عليها مرسل ولبنا كلها أخذ من سواها ومن شك هل عليه
جنابة فاغتسل ونوى إن كانت عليه جنابة فهذا الغسل لها ثم يتغير بالجنابة بعد
الغسل فإنه لا يجزئه على المشهور لأن الشرط في مسألة الصيد الجزم بالنية مع الإرسال
محقق لا تردد فيه في الحالة الراهنة والشرط في مسألة الطهارة الجزم بالنية فتردد فيها
فلا يلزم من الاستباحة في مسألة الصيد الاستباحة في مسألة الطهارة وإنما يعمل الظن
على كثيره في الصلاة على المشهور ولا يعمل على كثيره في استباحة الصيد إذ كان يعلم الغالب
على المشهور لأن الظن في الصلاة تعلق بغير الحكم الشرعي وفي الصيد تعلق بسببه لا بعينه
والظن في الأحكام الشرعية كالقطع وفي أسبابها بخلافه وتقدم في فروق كتاب الصلاة وإنما
ذكر وإذا كان الكتابي لا يستحله ولم يثبت التحريم بشرعنا ولا ما كان لا يستحله
أثبت تحريمه بشرعنا وإذ ذاك لأن ما حرمه الله عليهم لم يعتبروا به الأكل فأشبه القتل
بالمعبر فيه الله عليهم وإنما حرموه على أنفسهم هم وجدوه فأشبه ما كان لطريقة فإنهم وإنما

في جنس النعامة ولم تخرج عن حكمها في غاية الطول واشبه شيء بالابل بعض
النعم فمحله اللبة والنعامة لا لبة لها قاله ابن رشد تنبيه لم يتعرض الا
شيخنا ابو بكر الطرطوشي لحكم الفزو وقال لا مطمع في الفزو بين النعامة والابل حتى
يشبه الغراب وانما اوجبوا على الزوج ان يخرج زكاة الفطر عن زوجته على المشهور
خلافا لابن اشرس ولا يضحي عنها على المشهور خلافا لابن بزيزة لان زكاة الفطر
من جنس النفقة بدليل وهو قوله عليه الصلاة والسلام ادوا زكاة الفطر عمن تمونون
وايضا الضحية قربان وهو لا يتوجه عليه التقرب عن زوجته اذ لا يثاب فيه واحد عن
واحد وايضا زكاة الفطر متعلقة بالابدان فاشبهت النفقة وانما لا تجزئ الضحية
ليلا اذ كان الذبح شعارا وهو يخفى ليلا اذ كان الرمي نهارا مع تناول اللحم
لا يلزم فيها لان ذلك يعم له وقد يحمد وتعين القضاء بالليل بخلاف الذبح فانه واجد
فلا ضرورة لليل وايضا المطلوب من الاضحية اظهار الشعار لان ذلك شرعت في الابد
بخلاف الرمي وانما قال اشهب فيمن ذبح اضحية غيره غلطا انها تجزئه واذا نحر
هدي غيره غلطا لم يجزه ولا مالكه لان الهدايا قد وجبت بتقليدها فلم تثبت
لصاحبها فيها شبهة انتقال الملك اليه لغلطه ولا تجزئ عن صاحبها ايضا لان الذابح
انما اراد بها نفسه ولم يرد صاحبها ولا وكله ايضا عليها والضحايا قبل ذبحها
يصح انتقال الملك فيها فثبتت لصاحبها شبهة الملك بغلطه واجزائه عن ضحيته
ويغرم لصاحبها قيمتها ولم تجز عن صاحبها بالاتفاق وانما لم يجز الاشتراك في الضحايا
وجاز في الرقاب الواجبة والجميع قربان لان العتق المقصود منه المنافع وتلك المنافع
المجزوءة والمنافع لا تنقص بنقص العتق الواجب بل قد قيل يرجع فروع الراسية الى الباقية
ولمن جعل في عين الا عتق الرقبة كاملة ولا كذلك الضحية لان المقصود منها اراقة
الدم والتقرب بذبح تلك العين ومن جهتها مقصود في اللحم وانما قال ابن القاسم
فيمن ذبح اضحية غيره غلطا لا تجزئ الذابح ولا المالك وفي غير موضع يعد تقليدها
هي كذلك ولا تجزئ الذابح لان الهدي قد تعين بالتقليد والاشعار فوجب ان يجزئه

صاحبه حتى فرق بينهما وانه ضعيفة لا تجب الا بالزوج فلم يجز ان يجمعا بينهما فاجتمعا
لانه يحتاج ان يقصد بها القربة بخلاف الوجوب ويقدر على عدم وجوبها انه لو شاء بعد
شرائها ان يبدلها بغيرها كان ذلك له ولا يجوز له ان يبدل الهدي بغيره بعد التقليد
وانما كان الافضل في الهدايا الابل وفي الضحايا الغنم مع ان كل واحد منهما ذبح قربة
لان القصد في الهدايا كثرة اللحم وفي الضحايا طيبه وانما منعت الشركة في الاضحية
بالملك وجازت في هدي التطوع لان الاضحية اكد من تطوع الهدي وان قيل بعدم وجوبها
ويراعوا الخلاف ايضا قاله ابن عرفة

فروق كتاب الأيمان

وانما كانت اليمين بالله محمولة على التأكيد حتى ينوي التكرار واليمين بالطلاق على
التكرار حتى ينوي التأكيد لان كل طلقة لها حكم تختص به لان الواحدة لا توجب التحريم في
المدخول بها والاثنتين توجبان ضعف ملك الزوج لها وضعفه لانها تبقى معه على واحدة
والثلاث توجب التحريم الا بعد زوج فلم تتداخل واحدة للاخرى لان للطلقة ان اختصت
به كل طلقة واليمين بالله موجبة واحدة لا يختلف فكان تكرارها محمولا على ذلك الا انه يوجب
ابدا ان يريد غيرها وايضا الطلاق ورد فيه من التغليظ ما لم يرد في اليمين بالله فجاز ان يلحقه
التغليظ في هذا الموضع دون اليمين بالله تعالى وايضا فان الطلاق من جنس ما فيه قابلة
للتعدد بخلاف في الله فانه شيء واحد يستحيل التعدد عليه فوجب الغاء الكفارة الا
ان يقصد تعددها وانما قال ابن القاسم اذا حلف ان لا ياكل سمنا فاكل سويقا ملتوتا
بسمن حنث واذا حلف ان لا ياكل خلا فاكل مرقا فيه خل لم يحنث وفي كلا الموضعين
المحلوف قد استهلك لان الخل لما طبخ زالت اسميته وانتقل الى اسم اخر وهو مرقة فلم يحنث
به لانه انما اكل مرقة لا خلا والسمن اسميته باق وانما انتقل الى غيره وذلك لا ينقله عن
اسميه الا ترى انه يقال سمن ملتوت بسويق ولا يقال ذلك في الخل وانما قال ابن القاسم
اذا حلف بعتق عبده فباعه عليه السلطان في دين عليه ثم عاد اليه بغير الميراث تعود
عليه اليمين وان عاد اليه بميراث لم تعد عليه اليمين لان الحالف تلحقه التهمة والكلفة

ان يكون القصد ليعجل العتق فلما انتقض عادت اليمين عليه اذا اشتراه وليس كذلك
اذا عاد اليه بالميراث اذ لا تهمة فلم تعد اليمين عليه بذلك تنبيه قال ابن
يونس وقد اراد الغرماء عتقه فبيع لهم ثم اشتراه فلم يختلف فيه واصحابه انه
لا شيء عليه وقال اللخمي لا ارى عليه شيئا اذا عاد اليه بعد ان تداولته الاملاك
او كان الحالف والمشتري من اهل الدين والفضل او احدهما ولا تعود اليمين مع تهمة الا
واذا تعود اذا لم يكن بيع وانما ان يكونا جعلاه ذريعة وانكر البيع واذا كان البائع
والمشتري متهما على ذلك ولم تتداوله الاملاك صح ان تعود اليمين واما قال ابن
القاسم واشهب اذا بيع العبد المحلوف بحريته ثم اشتراه بعد فاحلف ان لا يفعله
انه حانث واذا قال لزوجته ان فعلت كذا فانت طالق ثلاثا فطلقها ثلاثا او
يحنث ان اليمين لا تعود عليه لان الحالف في زوجته يملك ذلك الملك فاذا كملت
فقد ذهب ذلك الملك الذي حلف به وانحلت عقدة اليمين كما لو حنث فاذا تزوجها
بعد زوج صارت فيها ملكا ثانيا ليس فيه يمين والعبد انما خرج عن ذلك ببيع وهو
غير ما حلف به ولم يخرج عن ملك رقبته فالرقبة التي حلف بها لم تعد عليه فيه بيمين مثل
ان يبيعه بالعبد بيع عتقه السلطان ويبيعه لغرمائه ثم يشتريه بعد ذلك او حلف
بعتق عبده النصراني ان لا يفعل كذا فيعتقه ثم يهرب الى بلد الحرب ناقضا للعهد فيسبى
ثانية فيشتريه الحالف فانه لا يعود عليه فيه يمين لانه كان ارتفع ما حلف به بمنزلة
يشبه كملا والزوجة وايضا انه اذا باع العبد ثم اشتراه اتهم ان يكون اراد في
بيعه ليبر يمينه ثم يرد عليه فكان العبد باقيا في ملكه ولا يتهم احد ان يكمل زوجته
ثلاثا ثم يتزوجها بعد زوج ليتحلل من يمينه فلذلك افترقا قاله ابن يونس وانما
قال ابن ابي حبيب في اذا حلف ليصومن سنة لا يلزمه ان يصل السنة فعليه بلا يجبره
سنة متى شاء متفرقة او متتابعة واذا حلف لا كلمه سنة لزمه وصل السنة فعليه
لان الاول كانت يمينه على اثبات فعل فاذا فات ذلك الفعل بسبب تم يكمه في
تحصيله حنث والثانية كانت يمينه على نفي فعل واول ازمنة ذلك الفعل عقب يمينه

بعون

بموت المحلوف عليه قبل انقضاء ذلك الأجل لا يبر وأما لو قال إذا حلف
ليكلمن امرأته فهو كما هنا هنا لأنه يبر بوطئها هنا وإذا حلف ليتزوجن
فتزوج تزويجا فاسدا فإنه لا يبر مع أنه في المسألتين جميعا حلف على فعل
ولا فرق بين بالمعنى شرعا فيهما وأن في الأولى كانت يمينه على وطء امرأة
معينة وقد علم أن ما بين الحرمة يجوز وطؤها عليها وأن هذا لا يجوز وإنما حمل
يمينه دل على أنه أراد وطأها على الحالة التي كانت في حال النكاح فإن حلفه إنما
كان على تزويجه امرأة غير معينة فحمل يمينه على النكاح الشرعي وهو النكاح
الصحيح فلا يبر بالفاسد وأما أيمان عتق فقطع البيرة الكفارة ويجزئه
الله عوضا عن العبد الواجب تعرف مقاصد العتق فلا تؤثر في الكسب شيئا وأن في
غلاف ذلك وأما فإن في المدونة فيمن كفر عن أيمان بعتق وغيرها أنه يجزئه كان
بإذنه أو بغير إذنه وإن ظاهر عن العبد كره له ذلك إن العبد وإن أراد التشديد
فإن له الرجوع وإذا أذن للعبد في العتق فالحكم عن تحيزه للرجوع له عن
الهبة وأما فإن في المدونة فيمن حلف أن لا يأكل لحما فأكل شحما فإنه
يحنث وقال في البراذ إذا كان مشتملا بالطعام لا تقع به حرمة مع أن الجميع
مشتمل لأن الحنث يقع بأقل الأشياء والتحريم في الرضاع لا يقع إلا بما يحصل
به الغذاء لقوله عليه الصلاة والسلام ما أنبت اللحم وأنشز العظم وهذا لم
يحصل لأن الجوف إن مستهلكا وأما إذا لم يكن اللبن مستهلكا وكان غالبا فإن
الحرمة تقع به وأما فإن في المدونة إذا حلف ليركبن منزل الدابة على أن فات
قبل عذر لا حنث عليه ولو سرقت لكان حانثا للعذر الاحلال إن أنه وهي فيه إشكال
إن جعل ما حلف عليه ولم يكن ذلك فيهما وفي السرقة لو مكنه السارق ومنها عند
الذي جاء أو كنه وفيما حلف عليه وكونه عند السارق وإعراضه يعذر به إذ من أهل الحرز
الفاسد أن الحالف ليفعل لا يعذر بالإكراه والغلبة إلا أن ينوي ذلك كما قال
في الحالف أن لا يفارق غريمه إلا بحقه فغر منه أو أفلت فإنه يحنث إلا أن ينوي

ذلك قاله عبد الملك

في كتاب النذور

وإنما قال مالك فيمن نذر أن يصوم بسبيل الرباط لزمه أن يأتيه ومن نذر أن
يصلي فيه لم يكن عليه شيء لأن حماية الثغور وحراستها تجتمع مع الصوم ولا
تنافيه ولا تجتمع مع الصلاة. وإنما قال مالك يلزم المشي إلى بيت الله ولا
يلزم ذلك في المدينة وبيت المقدس مع أن الكل مواضع يتقرب بإتيانها إلى
الله تعالى لأن المشي إلى بيت الله كمال عنه ويلزم والكمال عنه في المدينة وبيت
المقدس الصلاة في مسجديهما فقط فلم يلزم نذر المشي لأنه لا كمال عنه فيه ألا
ترى أنه إذا نوى الصلاة في مسجديهما لزمه ذلك ولو نوى أن يأتي المسجد من
غير صلاة لم يلزمه لأن الكمال عنه إنما هو الصلاة فقط وفيه نظر. وإنما قالوا في
ناذر المشي إلى مكة إذا ركب المناسك والإفاضة يعود كما لو ركب الكثير وإذا
ركب يوما في غير المناسك لم يعد لأن المقصود الأعظم من المشي إنما هو المناسك
قاله ابن محرز وأيضا سعيهما وإن قل فيه محبوس ولهما إيابها في جل القرب ألا
ترى أن أهل هذا العرف يقصدون غيرهم فرادى وإن كانت المسافة قريبة لأنهم محبوسون
في جل القرب قاله أبو إسحاق وأيضا ركوبه يوم التروية ويوم عرفة وأيام الرمي
وفي الإفاضة يتنزل منزلة الكثير وأيضا ركوبه وقع في مواضع أعمال الحج فهو
أشد من ركب في الكثير اليوم واليومين فلذلك وجب عليه الرجوع قاله ابن
يونس. وإنما قالوا فيمن قال علي المشي إلى المسجد الحرام أنه يلزم وإذا قال علي المشي
إلى الحرم فلا يلزمه لأن مسجده ينتهي عنده إليه بل الحرم بمسجده إنما كمال عنه
فيه فلا يجب عليه وإنما يلحق بالمسجد الحرام وغيره إلى ما ينتهي إليه ولا يدخله إلا
بإحرام والإحرام كمال عنه فيجب عليه أن يأتي إليه قاله أبو عمران. وإنما وجب عليه
الهدي إذا قال أنا أنحر فلانا ولا هدي عليه إذا قال أنا أنحر عبدي فلانا في زمن
فرجزت فيه سنة فيها شيء على ما جاء في إبراهيم وولده عليهما السلام ولم يكن عليه في

عبدا بغير شيء لقوله عليه الصلاة والسلام لا نذر في معصية ولا فيما لا يملك ابن
آدم قاله ابن يونس وانما قال في المدونة فيمن قال ان فعلت كذا وكذا فعلي نذر ان
نوى شيئا مفهوما نوى والا فعليه بدنة وان قال لله علي نذر ان الشاة تجزئه لان الاول
اوجب على نفسه البدنة في يمين والثاني المقصود منه التغليظ ولا كذلك الثاني فانه نذر
والمقصود به انما هو التقرب فيجزئ عنه وانما قيل فيمن نذر عتق رقبة فلم يستطعها
يصوم شهرين لانهما عوض من الرقبة في الكفارة وقتل النفس ولم يوجب عليه صيام ثلاثة
ايام مع انها عوض من الرقبة في كفارة اليمين بالله لان الرقبة في اليمين بالله لا تتعين
اذ هي على التخيير بخلاف الظهار وقتل النفس اذ لا بد منها فلا بد من عوضها وانما قالوا
اذا سمى شيئا من ماله صدقة او هديا انه يخرج جميعه ولو كان كل ماله وان قال مالي كله صدقة
او هديا لم يخرج جميعه ويجزئه الثلث لان الذي سمى ابقى لنفسه شيئا ولو ثيابا تستره
وما لا يعلمه مثل ميراث لم يعلم به والذي قال مالي كله لم يبق لنفسه شيئا واذا اخرج ثياب
كفنه وما لا يعلمه من ماله فكان ذلك من الحرج فوجب قصره على الثلث كحديث ابي لبابة
ولولا ذلك لسقط الجميع كما اذا عظم في الكلام فانه لا شيء عليه قاله عبد الحق

فروق كتاب الجهاد

وانما لا يجوز السفر الى ارض الحرب بالنساء ويجوز للرجال مع ان الاسر لا بد منه على كل
واحد منهما لان معرة اسر النساء اعظم من معرة اسر الرجال لان اسر النساء فيه ابدا استفراش
والوطء واسر الرجال ليس فيه ابدا الا استخدام وقد يتحيل الرجل على التخلص بالهروب ونحوه
ولا كذلك المرأة قاله ابو الحسن في كتاب المكاتب وانما قالوا في اهل الحرب الينا تجارا
واشتروا ثم مضوا الى بلدة اخرى من بلاد المسلمين فباعوا واشتروا انه لا يؤخذ منهم مرة اخرى
والذمي اذا خرج من افق الى افق فباع واشترى انه يؤخذ منه مرة اخرى لان اهل الحرب
قد حصل لهم الامان فلما دخلوا ارض الاسلام فجميع بلاد المسلمين كبلد واحد وان اهل
الذمة انما يؤخذ منهم لانتفاعهم اذ هم غير ممنوعين من بلادنا فلما تكرر نفعهم تكرر الاخذ
قاله عبد الحق وانما سقطت الجزية عن الذمي بالاسلام ولم يسقط الرق عن العبد

بالإسلام والجامع أن كلا من الجزية والخراج عقوبة على الكفر لأن الغنيمة
والخراج إنما عقوبة مستوفاة. وفارق هذا بأن الجزية المعجلة المستوفاة بالإسلام بعد
استيفائها وأيضا الجزية وجبت بشرط الصغار وبالإسلام يسقط شرط الصغار وإذا
سقط شرط الحكم سقط كما يسقط بسقوطه عليه قاله ابن العربي تنبيه أن قيل لو
يصح أن تكون الجزية عقوبة لأن الجهاد كفاية وكيف تكون العقوبة بدلا عن الطاعة
قلنا كما يكون الحد بدلا وهو كفارة بدلا من الكفر وهو معصية وسكوتنا أشار الأصل له
والله أعلم فإن كان كل واحد منهما بدلا عن صاحبه وإنما تبع الولد الوالد في الخراج والجزية
وتبع الوالد في الحرية والحرمة لأن الأب ذكر إنما تقوم به النصرة وهو بالدين حال الذي
والدين منه والاستيلاء ومنع بالنساء أنسب قاله في الذخيرة وأيضا في الشبه الذي
للأب من الدم وقطع الشهوة عنهما ولا كذلك العكس ولا خلو منهما أضعف أيهما باعتبار
المالية قال ابن العربي سمعت إمام الحنفية بمدينة السلام يقول إنما تبع الولد الأم في
المالية وفارقه حكمهما في الحرية والحرمة لانفصاله عن الأب نطفة لا قيمة له ولا مالية
فيه وإنما اكتسب ما اكتسب منها وهو فيها فلذلك تبعها كما لو أكل رجل ثمرة في أرض
رجل فسقطت منه نواة في أرض من يد الآكل فصارت نخلة فإنها لصاحب الأرض
إجماعا وإنما جاز شراء ولد الحربي لنا من أبيه ولا تمانع منه بعد رهنه وبيعه بعد
رهنه به صغيرا كان أو كبيرا وإن يكن لسيد العبد أن يبيعه أن يبيع ولده المرهون في العداء
لأن الحربي حاكم على ولده في بلده فجاز لنا بيعه فيما رهنه والعبد لا سيد لا حكم له على
ولده الباقي في بلد الحرب فإذا رهنه عند سيده رهنا وهو صغير من عنده أن يسترقه
أو يأذن له في ذلك قاله أصبغ وهو في الخمس ثم لم يرجع لحوانيه لم يجز لسيده أن يبيعه
إذ لم يرض بذلك ولا يلزم فرقها إذ دخل فيه نفسه لمغرم بخلاف الكبير وإنما قال
سحنون إذا قال الإمام من قتل قتيلا فله سلبه وجاء رجل بسلب قتيل وقال أنا قتلت
صاحبه إنه لا يأخذه إلا ببينة على قتله ولم يختلف في ذلك قوله واختلف قوله
إن جاء برأس علج وقال قتلت صاحبه هل يقبل بغير بينة أم لا لأن الرأس على الباقي بكون

يبدو من قبله بخلاف السلب وانما قالوا اذا اجاز الامير الغانم للمستاجر ان
يسقط من الاجر بقدر ما عطل من العمل ولا يكون له اخذ حظه من الغنيمة وقالوا في
النزاع بينما جر على رعاية غنم فرعى معها غيرها ان اجرة الغنم الثانية للمستاجر
الاول لان زمن العمل له فبان لانه المنفعة التي استوجر عليها ولذلك الرعاية الثانية
فجاز تستتفاده لما استوجر عليه وانما يخمس قال ابن يونس اذا غنم المسلمون ثم غزا
غنيمة المشركون ومن وجد شيئا عند المقاسم فانه لا يخمس ويكون احق به قبل بلا ثمن وان
ثبت انه لم يشتر له ملك فقير فهو كما اعلم انه لمسلم اخذه من غير ثمن فانه يقسم وانما
اختلفوا فيمن وقع ماله في المقاسم ثم بيع من ان اخذ الثمن في اخذه بالاول ثمن شاء او
فيهم لغلة في اخذه بالثمن الاول او الثاني ولم يختلفوا في الشفيع ان له اخذه بالاول الا ثمان
شاء بان المالك في الغنيمة اذا اشترى من اخذ شيئه بالثمن الاول فقد سلم حصة المالك للذي
من العدو الغنيمة واذا اخذ ملكه سقط حق من بعده المنازع بخلاف مسألة الشفعة فانه
اذا سلم البيع الاول صار شريكا وكل شريك فله حكمه في البيع فلشريكه عليه الشفعة
فلذلك افترقا وانما قال ابن القاسم اذا وقع العبد في المقاسم فاذا اسلمه ربه لجنى
صار لبيه وعجز الثلث عن حمله لا خيار للورثة في افتداء ذلك الجزء بقيمة الثمن او
اسلامه واذا جنى المدبر واسلمه سيده للمجني عليه وفات السيد وعجز الثلث عن
حمله فان الورثة يخيرون في الجزء الرقيق بين اسلامه للمجني عليه رقا وبين افتدائه بما
بقي عليه من الجناية فيكون لهم رقا لان المشتري في الغنيمة انما اشترى رقبة والسيد انما
اسلمه وقد اسلم له فقد اشترى هو الرقبة فلا رجوع للورثة فيما قد اسلمه الميت وفي
الجناية انما اسلم له الخدمة فلذا صار له من الرقبة شيء اخر خيروا اذ انما اسلمه
فيخيرون من صار ذلك له كما يخيرون مالك الجزء الرقيق في العتق بعضه تنبيه لا يخفى عليك
ما في هذا الفرق من البحث لانه مبني على ان السيد اسلم في مسألة المغانم رقبة العبد
والحق الواضح انه انما اسلم ما كان قادرا على اسلامه وهو الخدمة فلذا ان اسلمه استوت
المسألتان فينبغي السؤال والله تعالى اعلم وايضا الجناية فعله والاسير ليس

وعليه فلا يقسم على ان يعمر لبعض عن ملك السيد قاله بعض الناس ولا باس به وانما قالوا
فيمن كانت له جارية من المغنم فيبيع من وكيلها حتى تحيض فلا كلام على وقعت عليهم المسألة
يعني ابن بشير وقالوا فيمن اشترى شقصا له شفيع واراد ان يعرف فيه من يلزمه ان له ذلك وقيل
لا حتى يعلم الشفيع لان حرفة العروج ذكروا عكس خلاف التمرة في الربع تنبيه هذا
الفرع انما يتمشى اذا قلنا ان الحكم على الجارية كما زعم ابن بشير واما ان عممنا كما في المدونة
وابن الحاجب فلا يحسن هذا الفرع فتامله وانما قالوا فيمن عاد من دار الحرب على مال مسلم
اوذ من انه لا ياخذه ربه الا بالثمن انها فاو واختلفوا في اخذها من المشتري بلا اخذ
ربه مجانا او لا ياخذه الا بعد بيع لان اللص لا ملك له ولا شبهة والحربي له الملك او
او شبهة فلا يقاد منه كالمشتري من المالك وانما يخص اخذ الجزية من الكفار على ان يقادوا
على كفرهم ولم يخص اخذ شيء من الفاسقين على ان يقروا على الزنا او يقادوا عليه لان مفسدة
الكفر اشد من مفسدة الزنا وانما قال ابن القاسم اذا دخلت امرأة من اهل الحرب الينا
بامان فاسلمت فولدها فيء للمسلمين فان سبوا بعد ما يعرف ذلك جروة وهذا الذي وقفته وقال
اذا اعتق المسلم النصراني فلحق بدار الحرب ناقضا للعهد ثم سبي فاعتقه من صار اليه فلانه
يكون ولاؤه للذي اعتقه آخرا ويشتغل عن ابن وفي كلا الحوصمين فقد ثبت الولاء لا رد
(انه) الا فيه كان للمسلمين لعدم من يستحقه من جهة القرابة فلما وجد ذلك انتقل اليه والنصف
لما سبي بعد عتقه بطل عتقه الذي كان من المسلم اولا وصار كانه عبد لم يعتق قط
فاذا اعتقه الثاني كان الولاء له وانما قالوا اذا اسلمت ام ولد الذمي ثم اسلم بعد موتها
كان حربيا فلم يحكم ببيعها او عتقها على الخلاف ويعود اليه الولاء واذا اسلمت
جارية الذمي فتركها بعد ان سلح فحملت ثم اسلم كانت كالتي قبل ان يسلم وفي
يعود اليه الولاء وكلتاهما ام ولد الذمي لان التي اولدها قبل ان يسلم في الكفر قد
ثبتت لها حرية ان تستولده في حالة يثبت له عليها الولاء فلهذا يرجع اليه اذا اسلم
والتي كذلك اذا اولدها بعد ان يسلم لان ان تستولده حصل فيها في حال لا يجب ان
يثبت له عليها ولاء وانما قال ابن القاسم في المسلم الاصلي اذا اقام بدار الحرب ان ماله

لا يجوز له حرز ان عصى بل فاقته فيهما وقال بعض اهل العلم بدار الحرب وان قاطع بها بعض المسلمين
فالعدد فيه لان مال من اسلم كان مباحا قبل اسلامه بخلاف مال المسلم قال ابن الحاج
وغاية الاشتباه بحال كل واحد منهما

فـــــروق كتاب النكاح

وانما كانت الولاية في النكاح للعصبة دون ذوي الارحام ومن يدلي بجهة الام بل هو في الولاية شرعت لحفظ النسب فلا تكون الا لمن له نسب وقد علم ذلك حتى في مثل الخلطة وهي المراة على غيرها وخلطته اذ هي مخالطة تفسد النوع فلذلك يكون ابلغ اجتهادا وانه في تحصيل الكفاءة ودفع العار عن النسب وانما كان للاخوة في النكاح وميراث الولاء وصلاة الجنازة اولى من الجد وكانوا معهم على السواء في الميراث لان الجد في باب الميراث يقول انا ابو ابيه والاخ يدلي بالبنوة وهي اقوى من الابوة لان الابن يحجب الاب عن جملة المال الى سدسه وكان مقتضى ذلك ان يقدم في الابواب الاربعة ولكنه اجمع في الميراث من الابواب الثلاثة بان الجد يسقط الاخوة للام ولا يسقط الاخوة الا شقاء ولا للاب وان كان الجد يزاحم مع الابن بخلاف الاخوة فلما عارض يقوي الجد ترجيح الاخوة بالنسب سواء في الاخوة من باب ميراث النسب لانه الذي حصل فيه التعارض وهذا التعارض منتف في الابواب الثلاثة بسبب ان الاخوة للام لا مدخل لهم في باب النكاح ولا ميراث الولاء ولا صلاة الجنازة حتى يقول الجد لهم انتم تحجبون عني مع من ادلى الخ وانما هم عندي وعنكم وشقيقهم بالبنوة وتعين تقديمهم على الابوة سالمة عن التعارض فلذلك سوي في الابواب الثلاثة بخلاف ميراث النسب وانما قالوا في امراة تولى وليين وعقدا على شخصين ودخل الثاني منهما ولم يعلم انه مسبوق بها على المشهور لقضاء عمر رضي الله عنه من غير خلاف ثم معاوية للحسن على ابنه يزيد وغيرهم وكان الحكم على نكاحه ولو ثلاث نسوة جرّوجه كل واحد منهما امراة ودخل بالثانية غير عالم بانها الثانية فانه يفسخ نكاحها ويصح نكاح الاولى مع ان الدخول فيها بالثانية من الحكم وكالة المراة على نكاحها محرمة لا يشاع انكاحها بنفسها بخلاف الرجل قال بعض البغداديين

تنبيه اعترض الشيخ ابو محمد عبد الحميد بن ابي الدنيا بانه لو صح ذلك لزم ان يجري
في مالك السلعة اذا وكل على بيعها ثم شرع هو في بيعها بان المشهور امضاء البيع الثاني
اذا قبض مشتريه قلت وبان الضرورة ترتفع بتوكيل واحد فما ابيح للضرورة
فيقدر بقدرها وفرق ابن عرفة رحمه الله بان الحكم بانه فسخه في النكاح قبل البناء
انما هو لفوات العصمة وهذا لم يكن سببا لنزع من قبله في وكالة المرأة حكم له بها ولما كان
قبله في وكالة الزوج لم يحكم له بها وفرق القرافي من وجوه عشرة احسنها ان اثبته
هنا وبعدان الجامع من التهمة في المسألة من عقد الرابعة وما نقرره من العقود ان الجامع في
الوليين عقد واحد بمواضع فساد وان كان مواضع تفاوتت بالدخول كذلك بخلاف المسألة
وايضا ان الاولياء الغالب عليهم الكثرة دون الوكلاء فهو في الوليين مطلق وفرعها بالقول
ببطلان العقد الثاني بعد الدخول يؤدي الى كثرة الفساد واما مسألة نادرة فلا فساد فيها
الناشئ عن ان كالطلاق والكشف قليل وايضا الزوج كما تشتهي الزوج هو صاحب البضع
الى الزوج والمرأة كالبائع لانها صاحبة السلعة والسلع مقاصد واثمان ومثاله
فربما افضى من ذلك المقاصد لم يبطل عقد الرابعة لانه ابطال العصمة وابطال
العقد ان قيل للزوج ابطال صاحبه ومبطله والتعارض انها وقع بين الزوجين المفترقين
تصاحبا وسيلة وبين الرابعة واما مسألة ابن الحاجب فقد اجتمع في الرابعة كونه
مقصدا ومن الجهة الى وفاق الشرعية فلا فتح ابطاله لقوته بخلاف الزوج الى
وايضا ولو جاز للرجال في النساء وشغفهم بهن اكثر منهن بهم والغالب تسارع بذلك الرجال
بهن الى النساء لون والنساء هم ذلك من المال على حرم الجبل ولم يوجد ذلك في النساء
لضعف كيدهن وغلبة الحياء عليهن واذا كان شغف الرجال اعظم ضعف التهمة في مسألة
الوليين لانه قرينة الزوج الثاني الذي حمله الشغف بالدخول واما مسألة انما يتوقع
فيها ذا عينة ضعيفة فكان الفساد اقل وايضا عقد الوكالة ضعيف لانه جاء من الكرهين
وان الحكم يشمله فيكون ضعيفا كالفرع الواجب المتناصل بخلاف الاولياء وانما
قالوا اذا دخل بها الثاني في عدة وفاة الاول ولم يعلم انها تفوت بدخوله حملا على المعروف

ولا يفسخ خلافا للتونسي لانه ناكح في عدة وفي نوازل المفقودة اذا وقع العقد على زوجته
في العدة والدخول بعد الممات في العدة انه يفسخ النكاح لانه متزوج في عدة بعد
الحكم بالعدة للمفقودة اكد لتقدم تعدد نكاحه واختصاصه بالزوجة دون فعل ذلك
قاله ابن عرفة رحمه الله وانما كان الزوج الثاني احق بها اذا دخل بها قبل علمه
بالاول في النكاح ولا يكون المشتري الثاني احق بالسلعة وان قبضها عند المغيرة
بل حرمة الاطلاع على الفروج وانتشار الحرمة في النكاحات عظيمة بخلاف البياعات
قاله المازري قلت فالذي قاله ابو عبد الله المازري رحمه الله في كتاب
الوكالة من شرح التلقين المشهور من المذهب والمنصوص في المدونة ان الثاني اولى
لترجيح جانبه بالقبض وكون منزلة السلعة لو هلكت في يده وقبضها بعد عقد او ضمن
لكان ضمانها منه والضمان شبهة وترجيح يوجب ان يقوى به بذلك الاكثر ويقتضي ما ذكر
التعليل بمقتضى ان من وكل على كراء دار فعقد الوكيل كراءها وعقدها الآخر وقد علم
الاول من العقدين ولا كان الذي عقد متأخرا سكن الدار فانه لا يكون احق بها في جعل منزلة القبض
لكون ما يأتي من المنافع التي يطلب المكتري الان اخذها لم تخلق ولم تقبض حتى المسألة
الى كون ذلك ولا فرق اذا لم يقبض الثاني وايضا فان محل المنافع من الدار فيما ذكرناه في
السلعة المقبوضة من كون الضمان من قبضها من يقبضها مما شئنا ان ذكرنا منزلة السؤال وانا
حاضر بمجلس الشيخ ابي الحسن اللخمي رحمه الله فاختار ان يكون الساكن اولى وان تأخر عقده وذلك
سكناه شبهة على ما يقتضيه المشهور من المذهب عندي وذكر ان بعض اصحابه خالفه في هذا
في جعل ما ذكرناه من عقد الكراء والمنافع بخلاف الاعيان التي تتضمن بالقبض مع كون القبض
فيما يستقبل من المنافع غير حاصل الان وذكر ان الشيخ ابا القاسم السيوري رحمه الله
ورد جوابه بموافقة فاخذ منه الذي ذكرناه الاول من المذهب وذكر ان سكنى الساكن ترجيحا و
وقبض يوجب ترجيح جانبه كما يترجح بقبض الاعيان وانما جاز للوكيل على البيع ان
يبيع من نفسه ولا يجوز للوكيل على النكاح ان يتزوج من نفسه الا بالتعيين لان النكاح
اشد في التعيين بخلاف البيع والاداء الى ابن عرفة اشار له اللخمي اذا تجر وكيل على

وكيل البيع وانما لا يقضى بالاعذار في النكاح وفاقا عند على المشهور خلافا لابن
وسحنون ويقضى به في الاموال على المشهور لان مبرز العدالة تنزل منزلته منزلة شاهد
واحد والشاهد الواحد لا يقضى به في غير الاموال وقيل تنزل منزلة شاهدين فيقضى به
في كل الحقوق وهذا الذي لابن نافع وسحنون وانما وقع التعميم على النساء في الابضاع
ولم يقع عليهن في الاموال لان الابضاع اشد حكما اذ اعظم قدرا فناسب ان يعوض ان
الكامل ان العقل لينظر في مصالحها وان الاموال حكمها بالنسبة اليها وايضا
فان شهود الاجماع مشهورة فقوية تغلب على ان فساد حتى توقعه في ان شباء الزولة
ومن لا يشعر لقوله عليه الصلاة والسلام حبك الشيء يعمي ويصم فاحتيج للورع
في الدفع لذلك وبقيت الاموال على الاصل في اكتفائها بما يخصها ان كانت يسيرة
وايضا المعسرة في ان يقطع بزواج بغير ان كفاء يتعذر حضوره ان ولياء والمعسرة
انما لها بعض ضرورة عليها ولا يتعدوا في غيرها فلذلك افترقا والله اعلم وانما
لا يجوز نكاح ابن بعد مع وجود المجبر في المهملة وان اجازه ويجوز في الامة ان اجازه
السيد في غير المشهور لان الغالب من الامة ملاحية كالاجير لها وانه كفوها فلم يتق
ان اجماع غيب النكاح بها وذلك من جهة السيد فلذا رضيه لزم النكاح ونصه وانما
لم يلزم نكاح السفيه ويلزم كالاخذ ان النكاح يجب به الصداق والنفقة وبها قال
ولا كذلك الطلاق فانهما مختلفا وانما قال في الكتب اذا زوج ابن زائد الصغير
الذي قال له الصداق على الاب واذا زوج السيد عبده ان الصداق على العبد لا على
السيد مع ان كل واحد منهما مجبور للاخر في العبد من جهة السيد وفي الصغير والسفيه
من جهتهما فلا تعد فيهما بما ليس بملكانه في المال وانما اوجبوا الرجوع للتحميل
في الصداق على المحمول عنه ولم يوجبوه للحامل لان الحمالة ضمان والضامن فسلف في
المعنى للمطلوب كالطالب منه عوضه على فوقها بطلبه المسلف ولا كذلك الحمل فانه
عطية وصلة لا رجوع فيها ولا يطلب عليها عوض من ان غير السلاح وانما قال
اشهب اذا ضمن الاب لابنته عن زوجها الصداق في مرضه وقال انما وصية للبنت

واذا

وإذا اقر في مرضه انه قبض صداق ابنته ولم يدخل بها زوجها ثم مات الاب ان اقر
فلا يأخذ من ماله فاذا كانت الاولى وصية للبنت وعطية لها فلتكن منع مثلها
والجامع خروجه من ماله لابنته في المستقبل لان مسئلة الضمان ابتداء والضمان انتهاء
في مرضهما على المعروف وكلام في مرضهما ان في ب لو لم يقبض حتى تزوج هذا التزوج
البنت فالمنفعة للابنة ولم ينبه احد على ذلك في مسئلة اعترافه بقبضه
والاب له عموم التصرف في مال ابنته والوكيل المفوض اليه مقدم في دعوى القبض من
غير بينة ولو ادعى القبض فلا غرم الاب قاله ابن عبد السلام وانما كان الثمن في البيع
يتقرر بالعقد والصداق في النكاح لا يتقرر بالعقد على المشهور لان الصداق في النكاح
شرط في الاباحة والشرط انما يعتبر ثبوته عند ثبوت المشروط وايضا ليس الغرض
من الصداق المعاوضة بان الغرض منه التحمل والمعروف ولو كانت المعاوضة فيها مقصودة
لما جاز ذلك للجهل بالمرأة ونزله في شياع فاذا وقع للاباحة فهو اذا في يتقرر
في عند الدخول او الموت تنبيه لقائل ان يقول قيل انه للاباحة فلم لا يلزم
ان الاباحة لا تثبت الا بالدخول بل بنفس العقد حصلت وكونه لا يحل في الحال لنفس
لا لانه لم يستلمه وكبعضها كما مر اذا دخل بها وارتفعا السنن ولم يتغير بها كذا
فالاباحة محققة بعد عدم الوطء وكذلك متى يعد العقد على هذا يكتفي ان قولهم
فلان الصداق عوض عن الشرط في اباحة على السواء ان يجب بالعقد من حيث ان العقد
سبب والاصل ترتب المسببات على اسبابها وانما لم يشرع الخيار في النكاح ابتداء
وشرع في البيع لان حكمة الخيار استدراك المصلحة الفائتة حال العقد والنكاح يقع
بعد الفحص والتأمل في العقود اللزوم لانه يقتضي الرضا لذا المحرمات وذوات الاعيان
بذل العقل والرد ولذلك اوجب الشرع نصف الصداق قبل الدخول جبرا للكسر
الحاصل في الزوجات وايضا البيع مبني على المكايسة فشرع الخيار فيه لئلا يدخل
الغبن فيه على احد المتبايعين والنكاح مبني على المواصلة فلم يحتج فيه للخيار وانما
انعقد نكاح الصبي بعد ولم ينعقد بيعه خلافا فيه ولا عتقه لان عقد النكاح والبيع سبب

إلا بإجازة والصبر من أهلها والكلام وو العتق سبب للتحريم والتبرع من أهلها قال
عمر رضي الله عنه تكتب للصبي حسناته ولا تكتب سيئاته وأيضا الكلام وحد
من الحدود ولا حد على الصبي وإذا تشطر كلام العبد والنكاح جرى مجرى الفعل وقال
القابسي فالمزاحم ولعله لا يقال لا نسلم أن الكلام من الفعل في المدونة وليس من
من الحدود لا ما تقول قد قال قبله في اللعان لا تقام الحدود إلا على من احتلم والكلام
من حدود الله والعيان ونحوه من المسائل كلام على الاعطاء وقد قال تعالى تلك حدود
الله ومن جملته فلا تعتدوها عليه ابن شاس الكلام وإنما قال في الكتب في العتق بشروع
بعينه إذ سبيل أن للشيرا ووزنته بثمنه فلو باعه أو وهبه فيلزم أن يعلم فليس للمشتري
ولا للموهوب له بثمنه لأن الميراث ينقل الملك إلى الورثة بغير اختيار من الموروث
فصار البيع جميع ما كان يملك من العبد وحقوقهما والبيع وحقوقهما والبيع والهبة
إنما ينقلان الملك بعقد المالك واختياره فلا يثبت للمشتري والموهوب من ذلك إلا
القدر الذي كان لواهب العبد المبيع أو الموهوبة وفي سوى ما من الحقوق المتعلقة به
ولذا لو حلف بالطلاق امرأته لغريمه ليقضينه حقه إلى أن يشاء أن يؤخره فمات الغريم
أن لورثته من التأخير ما كان له ولو اشترى شخص هذا الدين المحلوف عليه لم يملك بالشراء
تأخير الغريم كما أنه يملك أخذ الشفعة إذا اشترى الشقص المستشفع به بعد أن ثبتت
الشفعة به لبائعه لأنه أمر زائد وكذلك ينبغي أن يكون الموهوب له في هذه الوجوه
كلها دونه إنما يملك ما قد ملك الواهب فأما الورثة فإنهم يقومون مقام الموروث
في هذه الوجوه كلها وفي أمثالها ويرثون عن الميت كل مشيئة تتعلق بحق يصير إليهم بإرثه
فأما مشيئة ليس فيها تعلق بأمر يورث وينتقل إليهم ملكه فإنهم لا يرثونه مثل الذي يقول
امرأته طالق إن دخل الدار إلا أن يفعل كذا إلا أن يشاء فلان فيموت فلان فليس للورثة مشيئة
ابن يونس المشيئة تبعا للذات الحق فقيصر قال القرافي في الذخيرة والعفو عن القود
يورث المال دون العقل وإنما هو البدنية وأن رأى النفسانية فلذلك لا يورث للعلماء
وابن سينا ابن بلاء ولا ما فوض إليه المثبت بقدر أو التعليق المشيئة والاختيار ويورث

الشفعة

الشفعة وخيار البيع والرد بالعيب ونحوها لانه تابع للمال وكلما هو مال او تابع
له يورث وقاله فلذا استثنى افراد حد القذف واللعان لما يدخل فيهما مما يلحق
الوارث من الضرر والعار وبقول ابن تمار يجعل الشبه بالعقوبة والاقرار وقال
ابن العربي في القبس خيار الشفعة موروث عندنا وبه قال الشافعي وقال ابو
حنيفة لا يورث قال ابن علاع ابو على الهلا غاية احتجاجه ان الخيار رغبة متروك وانما
يورث بقول الله تعالى ما ترك وكيف يصح ان يكون متروكا بعد الموت وهو صفة من
صفاته وصفاته تبطل بموته من خيار وعلم كذا وقدرة وغير ذلك
قال لنا مجد الاسلام الشاشي هذا من الشرعيات لا العقليات والشرعية لم
ترد على هذا بل ان هذا كله كلمات الفاسد راجعة الى قول الله تعالى وانا تعقلون الشيء
انبهما انما هو ثابت بالنبات لا بقول احد من البشر ولا يعقله ولا يفقهه فهي
تشغل بقول الله بما من شبهة الى شيخي وفي ابن شعبان لا يرث الغير لا شفعة
للمورث ولا برثونها وصرح المتيطي بشهور الاول وعليه العمل والمعمول وهو مذهب
المدونة والفائدة يجوز للولي ان يعقد بما في عيب الرد من عيوب وليته ولا يجوز له
في البيع ان يكتم ما يكرهه المبتاع في البيع لان النكاح مكارمة والبيع مكايسة وانما
وجب الرجوع للزوج بالصداق على من يكتم العلم من اولياء المراة اذا ردت بعيب
بعد الدخول ولم يوجبوا الرجوع على السمسار بالثمن اذا علم بالعيب ودلس به وانما
يضمنه البائع مع ان المراة هنا مثلها كالبائع لان المراة تفتقر الى الولي شرعا وقد
تتزوج له في تركه والبائع في بيع سلعته ولا يفتقر الى السمسار شرعا والله اعلم
فائدة في النخبة وانما وجب الرد بالبياعات في كل عيب ولم يجب في النكاح الا بالعيوب
الاربعة لان النكاح خلاف مبنى البياعات ويدل على ذلك ان الاجماع واقع
على ان شراء السلعة من غير روية لا يجوز والاجماع على جواز النكاح من غير روية
ولا صفة وهذا ان جماعة من يقتضي ان اقوال البائعين وايضا فما سوى العيوب الاربعة
قد يمنع من الوطء واستدامته وكلام اشكال ان المراة فلم يشبه العيوب الاربعة

وأيضا فهذه العيوب الأربعة لا تخفى غالبا ويتهيأ للمتكلم أن يسأل عنها فلما لم
يسأل فرط في أن تستطلع وإنما أوجبوا الخيار للزوجة فيما يحدث من العيوب
ولم يوجبوا الخيار فيما يحدث فيها لأن الزوجة لا تقدر على دفع الضرر فلو لم
يجعل لها الخيار لأدى ذلك الى استدامة الضرر بها ولا كذلك الزوج فإنه قادر
على رفع الضرر بالطلاق لأنه بيده فلذلك لم يكن له خيار قاله ابن بشير في شرح الجلاب
وإنما سقط الصداق عمن يرد بنته ويرد زوجته قبل البناء لتجذمه او جنونه اتفاقا فلا
ولعشرها بالقسم لا يسقط نصفه لأن المطلق عليه بالإعسار يتهم على إخفاء ماله فلم
يتحقق كون الطلاق من قبله بخلاف العيوب وإنما قال مالك إذا علمت المرأة بعيب
زوجها المرجو منه برؤه بالعلاج أنها لا تقام وإذا اشترى عبدا بعيب مشكوك زواله أنه
لا رد له بعد رضاه مع زوال العيب لأن عيب الزوج أشد لعجزها عن مرافعته والعبد قادر على
بيعه تنبيه ويعلم صحة هذا الفرق بقول اللخمي الأشبه نفي قيامها بعيب
مشكوك فيه كمن اشترى عبدا به عيب كذلك أو مثله وطء وإنما لم تجب النفقة للمرأة
المجنون إن أجل قبل البناء للعلاج وتجب للمرأة المعترض بالأجل قبل البناء لأن امرأة
المجنون منعت نفسها لسبب لا يقدر على رفعه وفي الأجل يتهم على كتمه قاله كما تقدم
وإنما أوجبوا الرد بالعيوب الأربعة وإن لم يشترط السلامة ولم يوجبوه بغيرها
إلا مع اشتراط السلامة لأن الأثر الوارد عن عمر وعلي رضي الله عنهما إنما ورد
فيها ولم يرد في غيرها وفيه نظر وأيضا العيوب الأربعة تنفر منها النفوس
وتنقص كمال الاستمتاع بخلاف غيرها لا يقال يلزم عليه أن يرده بالقرع لأنا
نقول يمكن سترها بالخمار واللفائف حتى لا توجد له رائحة وأيضا العيوب
الأربعة تسري إلى الولد بخلاف غيرها وأيضا المجنون والمجذوم يخاف منهما شرور لا
يستطاع الصبر عليهما والبرص عيب الفرج فهو خفي بخلاف غيرها من العيوب فالغالب
عليهما أنها لا تخفى على الزوج فقصر في عدم الاستطلاع ولأن له أن يشترط السلامة فلزمه
ذلك لتفريطه وفيه نظر وإنما كان للمرأة المعترض زوجها الكلفة عليه بعيب

(٧ اعتراض)

ابن عمها او تزوجته ولم يفرق بين ان يختار فراقه وليس ذلك للمرأة المجبورة
فان نعتها انه يشرف زواله والعيب ثابت لا يتغير ولا يزول وانما قال في
الكتاب اذا تزوجت الامة بغير اذن سيدها فلما بلغ ذلك سيدها اجاز النكاح
لم يجز واذا باعت نفسها فاجاز سيدها البيع جاز لان الولاية في النكاح حق لله
تعالى في جنب المرأة فاذا تزوجت بغير اذن وليها فاجاز سيدها نكاحها لم يجز ولم
يصح النكاح باجازته لانه لا يملك ابطال حق الولاية بدليل انه لو وكلها ان
تزوج نفسها لم يجز واذا باعت نفسها فانما وقف البيع لاجل حقه فاذا اجاز
بيعها جاز بدليل انه لو وكلها على بيع نفسها لجاز ذلك وهذا هو الفرق بين
تزويج العبد والامة وذلك ان الولاية في جنب الزوج ليست من حقوق الله تعالى
بخلاف الزوجة قاله ابن محرز رحمه الله وانما لا يجوز نكاح المحرم ويجوز شراؤه
للجواري وان كانت مرتفعة لا تراد الا للوطء خلافا للحنفي فيهما لان الشراء فيه الا الوطء
والاستمتاع لان الحكمة وقوع الوطء في الزوجة لغير نفعها فيه وهو مكنة الكلب
والطلب مكنة ابن عتابة وايضا النكاح ظاهر في الوطء والى هذا اشار في الجلاب
بقوله ولا ينكح احد من يحل له وطؤها ويجوز ان يملك من لا يحل له وطؤها قاله ابن
عرفة تنبيه قال القرافي كل تصرف قاصر عن تحصيل مقصوده لا يشرع ويبطل ان
وقع كنكاح المحرم وبيع ام الولد وتعزير من لا يفيده التعزير زجرا بخلاف الحدود ولعان
من لا يولد له ونكاح الرجل امته ونكاح ذات المحرم وشراء الحر وان جاز ان عمل به وعقد
المحرمة وعقد البيع مع الجهالة لان مقصوده تنمية المال وتحصيل مقاصد العوضين
وذلك غير متحصل قاله بعض الشيوخ وقياس هذا الاصل امتناع نكاح المعتكف
بعلى انه يكون الدليل وانما اختلفوا في تحريم العشرة من كلام ورجعي على نكاحها في
عدتها وقال في ام ابنه اسلمت تحت نصراني تزوجت في عدتها منه ان اسلم زوجها
لم تكن له في عدتها وان لم يكن فسخ لان زوجها كشف دوام عصمته دون
كلام قبل كون نكاحها نكاحا ذات زوج بخلاف المطلقة طلاقا رجعيا فانه نكح

مفقود بعد ان زوج فله ابن عرفة وانما لم يفسخ نكاح الامة بعد وجدان
الطول وفسخ نكاح الكتابية بعد السبق واستلحاق الزوج مع انا ان قلنا ان الدوام
كالانشاء فلا تلازم من انتفائه في واجد الطول وان لزم عدم مراعاة الرقة والكتابية
فيه من مفاسد الكفر اشد من مفاسد الرق لان فساد الرق يحصل للاولاد بلا شك وتارة
يشك ومطلقا عند بعض العلماء. تنبيه اعترض عبد الحميد الصائغ [illegible]
بانه راجع الى مراعاة الخلاف في الامة دون الكتابية والخلاف موجود في الجميع
فلينظر من اعانه في احدهما باولى من الاخر واليه قال الشيخ ابو القاسم بن محرز وقد
يقال اجتمع في الامة الكتابية فساد الكفر والرق فلذا جعل الدوام فيهما كالانشاء
بخلاف الامة بعد الطول وايضا لا يلزم من مراعاة الخلاف في الامة مراعاته في
الكتابية لقوة الخلاف في الاولى وضعفه في الثانية وما علمنا ان تراعي
الخلاف ابن عرفة فتدبره والله سبحانه كذا وانما قال في المدونة يرد
الوليدة ان استحقت وقد رضي المشتري باخذ القيمة ان المشتري من بدله يجبر على دفع القيمة
في قول مالك واذا رضي اولياء القتيل عمدا عدوانا بقبول الدية لم يجبر القاتل على
دفعها والجامع ان اخذ القيمة في الاول بدل عنها واخذ الدية هنا كذلك وكانه من القتل والرق
الدفع من القتل وقد تقرر ان كل ما ثبت للادفع يثبت للعفو فيلزم من جبره على القيمة
جبره على الدية احرى وايضا الاجماع على ان حفظ النفوس واجب بقدر الامكان فكان
دفع الدية ممكنا لان العوض في الجناية له لانه يقول اردت تكفير بنفسي او عنائي ورئيه
والعوض المستحقة لغيره ومنوا الولد والدم فلا يتحقها وانما جاز عقد البيع والاجارة
الوكالة بعد الوافعة وابن سنبرا ومنع عقد النكاح واشتغال الذمة بعد العدة لان
النكاح المقصود الاعظم منه الوطء خاصة والبيع يكون للوطء والاستمتاع وغيرهما
وقد يجوز شراء من لا توطأ ابدا ولا يجوز ذلك في النكاح وانما يمنع النكاح في
المرض المخوف ولا يمنع استلحاق الولد فيه لان استلحاق الولد ليس بادخال وارث وانما هو اخبار
عن وارث متقدم عن المرض لزوجه انه فرار به ويجوز ان تثبت له زوجة تزوجها في الصحة

فلأنه يلزمه ورثة ولا يكون في ذلك إدخال وارث بخلاف النكاح في المرض فإنه إدخال
حقيقة قال ابن يونس فلنبيه يلزم على قوله إنه اختيار عن وارث فيلزم أنه إذا
قال عن غير فلان أعتقته في الصحة أن يقبل إقراره لأنه أخبار بما تقدم له في الصحة والمشهور
المنع والفرق في العتق أن النسب لاتهمة فيه بخلاف غيرهما فتأمله وليس قال نظيره
إيقاع من عرف ونحوه وإنما الذي يلزم من منعه أن يقال في المرض كنت تزوجتك في الصحة فلانة وفلانة
فلانة وليهما ويوافقانه على ذلك ويزيد انه شهادة ابن وفاته يلزم على بعض كلام
ابن يونس أن يمنع ذلك النكاح والمنقول أنه لا يمنع وإنما لم يمنعوا المريض من الوطء في
وإن كان قد يفضي الى زيادة وارث ومنعوه من إنشاء النكاح لأن النكاح فيه إدخال وارث
حقيقة بخلاف الوطء فإنه قد يكون عند الوطء وقد لا يكون فوجب أن لا يمنع حقا واجبا محققا
به من غير محقق قد يكون أو لا يكون ونحو هذا الكلام قال ابن يونس فلنبيه يلزم على حكم هذا
العرف أن يجوز نكاح المريض بعد الآن أمر واجب ومؤنته من حقه غير فيتبعه فلا يترك أمر محقق
ومن حياته ونكاحه لأمر موهوم وهو مؤنته إلا أن يقال الفرق بينهما قوة السبب وضعفه
ألا ترى أن الشرع حجر عليه التصرف بالتبرع في الزائد على ثلثه ومنعه الوصية للوارث
وغير ذلك ولو اعتبر هكذا الاستصحاب لأبحنا نكاح الأمة دون شرط ونحو خلاف المعروف
وإنما يعتبر الغالب إلا أنه ينكسر بعدم منع المريض من الوطء فإن وجود الولد عند الوطء
غالب ويؤيده قول مالك فيمن قال في مرضه أنت كالوالد كيف حاملا أو ... في ذلك
الكتمان فطلقت عليه حملت أن لم تحمل من بعد الحكم فهما منا وفي نكاح ابن ... وفي وطء
المريض لمن يريد له فانظره وإنما أجازوا وطء المريض ولم يجيزوا وطء المجنون ...
المجنونة مع أن الولد في كل منهما غير متحقق قد يكون وقد لا يكون للزوجة والشيء المحرم فيكمل
الممنوع في الحال فلم يكمله لعلة الولد التي من قابلية وإنما يكملنا العلة [illegible] محققة
بخلاف وطء المريض فليس العلة فيه إلا الولد وهو موهوم فافترقا وإنما منع نكاح
المريض بحمنه على ما رجع اليه ملك ولم يمنع نكاح المحرم بما حل له من إحرامه وكذا من
نكح وقت نداء الجمعة لأن المنع في ... لمعنى ... الوقت لا من باب عدمه بخلاف
نكاح المريض فإنه إنما حرم لعلة في غيره وهو إدخال الوارث فلذا أن ... العلة أن تقع

معلوم بها وأيضا فقالوا في المريض إذا أذن له ورثته الرشداء في النكاح أنه لا يجوز
نكاحه ويفسخ ويطلق بعد ويحقق بقاء الإذن واحتمال الزيادة فيهم قبل موت المريض
وغير ذلك وأجازوا إذنهم في مثل الوصية والهبة للوارث مع قيام هذا الاحتمال
لأن الوصية أوسع باب العطايا والعكس لا يغتفر هذا الغرر ولا الخيار وباب النكاح
معاوضة يغتفر فيها الغرر والخيار وأيضا فقالوا في الكتب إذا ادعت المرأة أن زوجها
عنين حلف لها ولو ادعت عليه أنه كلمها لم يحلف لها مع أن دعوى العنة تسري إلى
الطلاق ولا سبيل لها بسرعة إلى الطلاق بنفسه وإنما نكتفي بعدم ما عليه العنة و[illegible]
إياه بالوطء وبكلامها إياه بالنفقة والكسوة وغير ذلك من حقوقها وإن كان مخرج
ذلك يسري إلى الطلاق وفرقوا بين إقرار شاهد بعد ولا تحلف مع شاهد وبين عتق
عبد لو كان عتقه قاله ابن محرز وأيضا قالوا في النصرانية تسلم أن مسلم زوجها في
العدة كان أحق بها وإن اشترى زوجها ثم أعتقته قبل انقضاء عدتها لم يكن أحق بها لأن
النصرانية جاءت فيها سنة فافهم [illegible] قاله ابن مسلمة وأيضا قال ابن
القاسم وسحنون إذا اشترت المرأة زوجها وأعتقته فهو سبيل فسخ نكاحه وعملا عليه
وأراد أن لا ينفسخ النكاح وإذ أحلف لزوجته أن لا تفعل فعلا ففعلته فلا هذا التنبيه أنه
يحنث في مسألة الزوجة الطلاق وكان بيد الزوج فلما أن علقه على فعلها كأنه جعله
بيدها ولا كذلك مسألة العبد إذ لا منع له في الشراء ولا سبب له وكان الطلاق
بلا غيره إلى غير الشراء وأيضا الزوج في مسألة المرأة حالف على فعل غيره فيعذر
بالإكراه وأما هي فلا [illegible] أشهب في المسألة لا يبر عليه حنثا وهو اختيار بعض الشيوخ
أمثلة غير لكثرة مذكوره من النساء في منزلة ابن رشد الرواية [illegible] أربعة [illegible]
[illegible] في كتاب بيع المدين بالمسائل التي قواعد ابن [illegible]
الله مالك وفي كتاب بيع المدين بأسماء له الحمد والمرجع بالترك على من [illegible]
الزراع المشترك [illegible] ينبغي كذلك مراجعة فيها تكلم وأيضا لا يرجع المرتد إذا رجع إلى
دين [illegible] وإذا أسلم الكافر ثبت على نكاحه وفي كلام [illegible] لمن الرواية

تنبيه

[illegible]

غلط

ثملك فيهما فانه يغلظ في باب النكاح ابن عرفة ترى انه به يقف على ان يتراد لم يختلف
الكلام الاصلي بانا نقول ان ابن الحاجب وانما اتفقوا على ان المشتهر لا يقيم فيه من قال
من ولد ابنه في المستحقة قبل الحكم واختلفوا في الحاكم فيه فمن قال من ولد الامة الحاكم لا
ولد ابنه في المستحقة فلك مستقر لها ام الاب اه بينهما في النكاح غيرهما من
وانما اتفقوا على ان ولد الحر المغرور بالحرية حر واختلفوا في ولد العبد المغرور بالحرية
والاكثر رقه لان العبد عاجز عن غرم قيمته ولذا في المدونة ولو ربه ابطاله موقوفة في الحال
تنبيه لا يقال ينحل هذا الغرور بالحر الغريم لان توقع اليسر كتوقع العتق لما زعم ابو
العباس التونسي لانا نقول المرجو في الحر الغريم يسره وفي العبد عتقه ويسره والموقوف
على الغرر في الموجود من الموقوف على انه الامة امره وانما كان للسيد ان يستحق قيمة الولد
ولد في الغرور الغلام والبنت كتبه وليست له استحقاق اخر ولذا ابن في الغرور الانثى كتبه
لان العتق في ام الولد الوطء هذا الاولاد لا تكون له فيهم خدمة لعتقها عليه كما تعتق
ام الولد اذا بطل منها الوطء ولم توقف للسيد ما به جل ماله من الغرور البنا كتبه فلذلك
الولد لم يكن فيه ابن ذالك الغرور من الغرور كما ذهب اليه ربيعة وعبد الوهاب وهو
شذوذ من القول وانما سقط مهر الزوجة اذا طلبته ومنعت نفسها ولم يسقط اذا
قتلت نفسها او قتلها السيد قبل البناء لان العقد في منعها نفسها تعلق بنفس عوض المهر
وهو المنفعة وفي صورة القتل انما تعلق بعينها وهو ذات الزوجة قاله ابن عرفة
تنبيه يبقى العزل والحمل فيتم ذلك معه قول اللخمي والقياس في صورة الموت سقوط
المهر كما لو منعت نفسها وطلبت فتم حلوا انما قال في كتاب السرقة لو ارادهما حد
الطلاق قبل البناء بالزور عزما نصف المهر وفي كتاب الرضاع لو تعمدت امرأة رجل ارضاع
زوجة اخيه بفسخ النكاح ولا مهر لها ولم تغرم العزاء في الرضاع نفس ثبوت النسبة لا رجع
العصمة فاجتمعا قاله ابن عرفة وانما يبقى هذا وان الشريك والاجرة عنده
يرضعها مثلا فقلاف ارضعت اجنبية لان ابنه رضع عضوهم وعيبهما والفداء وقد سماها المدة فعلة
والنملة كما قيمة وكذا ذلك فوقها بمراتبها كسابرها لنا وايضا الفداء

عن فوات استباحة الزوج بإذن السيد والجرح استباحة بغير إذنه فوجب له نفي
حصته قاله ابن يونس عن بعض شيوخه تنبيه في هذا الفرع والذي قبله لا تعلق له
بأعراض المنافع وإنما هما جاريان بإذن السيد ولا توقف فيه على العتق أو الأمة في الأول
أمر قبالة وإنما فائدة ذلك بالغوات من تحت العبد إن عتقت تحته فقالت اخترت
نفسي أو فلانة فقد اختارته وقال بعض شيوخه لما زوجهما إن تزوج عليهما فأمرهما بيدهما
فقالت إن تزوج علي فقد اخترت نفسي أو اخترت زوجي إن ذلك يلزمهما لأن تخيير
العتق موجب شرعا فلو لزم شابه قولها على العتق بحل التخيير به مرور فهذا فقه التخيير
اللزوم وكل قائل بحل التخيير به فلما أوجبه الشرع فلو لزم شابه قولها بحل ما أوجبه
الشرع واللازم باطل فكذا الملزوم واختيار ذات الزوج قبل حصول علة لما لم يكن ملزوما بحل
ما أوجبه الشرع لزم فيه نحو الشراء على تقدير وقوع أمر قبل وقوعه لو اشترى بعد لزمه
لزمه وكذلك قبلها لقول الزوج أمرك بيدك إن كان كذا قاله ابن رشد ثم استشهد
على أخذ الشراء إن وقع تعلق بقوله إنه ثوب لغزل غنيا فلا أكل لو افتقرت في أخذ الزكاة
التي أباح الله للفقراء وإن افتقرت فإنما أخذتها ثم افتقر لم يجزه عليه أخذها ولا
يلزمه في الشرع جزء فيها تنبيهان الأول هذه المسألة من التي يحكون عن
الملك بن الماجشون سأل مالكا عن الفرق فيها بين الحرة والأمة فقال له ما تعرف
دار قدامة لأنها كانت يلعب فيها بالحمام مع هذا تقليل لفضيلته وترك الماجشون له حتى
أن يسأل أنه عن مشكل لقوله له ابن القاسم في سؤال أنت حيث السماعة تسأل عن مثل هذا أول
قال ابن رشد رحمه الله والمراد قال ابن الماجشون في فضيلته وجلالة قدره عن أن
يوبخ على مثل السؤال لأن الكلام يعرف الحرة والأمة فيه أنها في حيث خيار وجب بالشرع
بسببها وخيار جعله الزوج باختيار له بشرطه الثاني قال ابن عرفة رحمه الله فيما عرف
فيه ابن رشد نظر من وجهين الأول أنه يلزم لغو الطلاق المعلق على العصمة قبل حصولها
كقوله إن تزوجت فلانة فهي طالق على أن اللازم جعل النكاح موجبا للتطليق في التزامه
قبل حصولها قبله هنا فقد يوجب النكاح الواجب بالشرع الثاني هنا فقه التزامها

الشروط لما اوجبه الشرع من خيارها وسترها ان الزوج الملاحن فيها فهو التنبيه
انه مبني على عدم فهمها فهمه الوجوب العارض للامكان الزائد باستشهاده بقوله لو ان
غنيا قال يبرد بان الكلام في الشراء ما يلزم غيره فعلو ان الشرع معلقا وفيما جاء فيه
لا يلزم غيره فعلو عما رووه من ابن عبد علم ان سؤال ابن الحاج مشهور ليس على اخر عليه ولا تساوي
بينهما ما ذكر من ان وبعض اصحابه واعترض من وابن يونس بانه انما كذا لزوج فلا وفعته
من كلام ولا قال او فعته من اختيار زوجها فيها مثله وانما قال في الكتاب اذا تزوجت
على قبل بالغيبة فيها فوجدتها كذا فرده وتاخذ مثله ان كان يوجد مثله وان
وقيمته كما تزوجت على مهر وجدت به عيبا واذا اشترى قبل بالغيبة فيها فوجدها خمرا صبغة
البيع فان النكاح يثبت فيه انه العقد عوضه اختصامها وان كان في استدلال وانما قال ابن عرفة
ما لو بيع فرج لسبب قريب فلا سبيل للغرور ولا قام في بيته اكثر من سنة وقد شرط لزوجته ان
يغيب عنها سنة ان لها الاخذ بشرطها وقد وجبت له شفعة وخرج بعد وجوبها فسافر اليها
برجع فيه قبل انقضاء فلا يقطع شفعته منعه من رجوعه مانع حتى انقضى فلا يقطع الشفعة
من ابن رافعه على شفعته اذا حلف لان بقاء الشفيع على شفعته موجب بقاء ضرر على
المشفوع عليه وبقاء الزوج على حقه يوجبه على المرأة قاله ابن عرفة تنبيه ما خلفه
ابن رشد احمد بن خالد واختيار مسألة الشفعة ورده ابن عرفة بان تمسكه بمسألة الشفعة
ينتج عكس مراده فيه لدلالته على ترجيح حق الاخذ من الشفيع لرده ضرر الشركة على
الماخوذ منه ومن المشتري الداخل على انه ماخوذ منه وان عنه في مسألة الشرط لرده الضرر عنه
عن الزوجة وانما ماخوذ منه عن الزوج الداخل على انه ماخوذ منه بما شرط على نفسه
وانما قال في الكتاب اذا افرد الزوج في التفويض شيئا فيه وليها الزوجة ثم دخل
بها ثم طلقها ببقية المهر فلا شيء لهم واذا عرفوا الموهوب الواهب اقل من قيمة الهبة
ثم قال الواهب بعد ذلك حلف ما سكت الا لانتظار كذا الهبة وكان على حقه لان
الواهب لم يحرم منه فلا يدل على الرضى بما دفع اليه وتمكين الزوجة نفسها للزوج دليل
على الرضى بما دفعه لها قاله ابن عرفة وانما قال في المعروف اذا دعا كذا ولم

يعلم له بزوجة خلوة مسيس وانكرته وقد كلفتهما ان بينا النفقة والسكنى من فرقته ولينا
الصداق من فرقته ام لا فان الصداق موجود اعترف به في ذمته والنفقة والكسوة من توابع
العصمة ولا تجب عليه الا باعترافهما فكيف تطلبه بهما وهي تكذبه وتتزوج غيره قاله
عياض في تنبيهاته قال ابن عرفة تفهيمه العقد بين انه فراره هو اللغة يوجب يوجب على المقر له
حقا ولا يستلزمه وبينه موجبا له ومستلزما له في الحكم الاول دون الثاني المقر له فان
يوجب الاقرار ولا وجود ملزوم دون لازمه والحكم بالثاني دون موافقته يوجب الاقرار
او وجود ملزوم دون لازمه الحكم عليهما بالعدة في النفقة دون موافقتها الاقرار عليهما في
الحكم عليهما بالعدة والحكم لها بالنفقة دون الحكم عليهما بالعدة حكم بثبوت الملزوم
دون لازمه وكلاهما غير صحيح والحكم لها بكمال المهر مع تكذيبه لا يلزمه شيء من الامرين
والقضا قال في الكتاب في نكاح الشغار يفسخ قبل البناء ويعدل واذا تزوجها بخمر او
خنزير او غرر يفسخ قبل البناء ويثبت بعده بصداق المثل مع ان الفساد فيهما مشتبه
فان الصداق فيهما منهي عنه العقد غير متعلق به فاذا بطل الصداق لم يبطل العقد
فان كل واحد منهما غير صاحبه وليس كذلك عقد الشغار لان كل واحد من البضعين بازاء
صاحبه وقد جعل صداقا للآخر وليس ينفرد البضع عن الصداق ولا المعقود عليه عن الصداق
شيء واحد فاذا بطل الصداق بطل العقد قاله عبد الحق والقضا قال في الكتاب ان زوج
ابنته بمائة على ان زوجه ابن عمه ابنته لا يفسخ بعد البناء وان باع عبده بعشرة دنانير
على ان باعه ابن عمه عبده بعشرة وتطيبه مسكنه واحدة ان لم يشترط كما اخرج الحاجب جاز
وكان بيع عبد بعبد وان لم يزد على ان تعلل الثمنين وجب الغاؤهما لوجوب المقاصة
وهي المقاصة عنهما فاضعا لزم منه صورة وجه الشغار لم يصح لان التمييز بالتمييز
ومقاصة ويبقى بضع ببضع والبضع لا يقبل في العقدين لشرطه اخرج الحاجب لان الفساد مستحق
الثمن المشترط في العقدين يوجب المقاصة الملزومة لمعنى المقاصة بالعقدين احد منهما
بالآخر تسميتهما او اختلافهما في النكاح يوجب منع المقاصة فالمقاصة المقاصة
الكل المجموع بالمجموع الملزوم لتعلق المقاصة بالحاجب ابن عرفة معنى البعض بالبعض

كما مر المذهب عموم مسألة العبد بين في العاقدين كانا مالكي العبد بن او وكيلين على بيعهما
كذلك قال وان اصاب العبد بها عيبا لكون احدهما ثمنا للآخر فوجبت المقاومة والبيع ان
لا يعلمان لذلك فتبقى المعاوضة متعلقة بهما معا وانما جاز للمولى ان يتزوج
الصغير ولا يجوز له ان يزوج الصغيرة لان الصغير متى بلغ وكره النكاح قدر على حله
بالفراق لان الطلاق بيده بخلاف الصغيرة فانها لا تقدر على حله متى كرهته لان
الطلاق ليس الى النساء وهذا من جهة واما من جهة ان لا يقدر خصمه فيه البينة فلا
سبيل له الى شيء وانما يكون ذلك بالبلوغ قاله عبد الحق قال وهذا التفريق بين المكاتب
والمكاتبة في جبر السيد المكاتب على النكاح وانه لا يجبر المكاتبة لان المكاتب اذا كره العقد
قدر على حله والمكاتبة ان دخلها في امر لا تقدر على حله البتة فافترقا وانما قال في
المرأة اذا قالت قد وكلتك ولا ارضى ثم كلمت من عينت ان ذلك لا يجوز واذا قال السيد
ذلك اذا تزوج عبده بغير اذنه ثم رضي جاز لان نكاح العبد قد صح بينه وبين المنكوحة
وانما بقي فيه خيار السيد فهو على الجواز لصحته من ابتدائه كالخيار حتى يفسخه السيد فلعله يس
يرضى به الفسخ واما التي زوجت بغير امرها فالنكاح فيها لم يصح عقده بين الناكح
والمنكوحة فكان على الفساد قاله بعض القرويين فتنبيه قال عبد الحق بن بردا قال
ان العبد اذا تزوج بغير اذن سيده وان كان انه من بعد قبل علم السيد له ان يجيز النكاح
والمرأة اذا بعد علمها منه لم يجز وانها ان تقع بنكاح العبد على الجواز حتى يفسخه السيد
كما بيناه والله وانما قالوا في الرجل يوكل وكيلا على ان يزوجه من فلانة فزوجه من
غيرها فاختيار انه يجوز ويلزم ولا يختلف فيه وقالوا في المرأة تقول لوليها زوجني من فلان
يختلف في وقوعه عليهما على قولين لان الرجل اذا كره النكاح قدر على حله لان الطلاق
بيده والمرأة اذا كرهت ذلك لا تقدر على حله بحال لانه امر لا تستطيع دفعه استظهر
فيه بالعلم منها عند عقده عليها وان تقدم تفويضها له على احد القولين في ذلك والله
اعلم قاله عبد الحق وانما جعل لوكيل البيع قبض الثمن ولم يجعل لوكيل النكاح قبض
الصداق لانه توكيل خاص لان دفع المرأة بدنها لم تسلمه فكان لها قبض صداقها

والسلعة في البيع فإن سلمهما الوكيل فكان له قبض عوضهما ولو أنه وكل على بيع
سلعة ولم تسلم إليه إن أشهد ربها بدفعها كالسمسار ومنع بيد صاحبها كان ذلك مثل
النكاح ليس له قبض الثمن قاله عبد الحق عن بعض القرويين وأيضا الناس لم تجر عادتهم
بإحضار الصداق عند عقد النكاح وفي البيع سنتهم التناجز في الثمن والمثمون ولو كان بيع
السلعة بثمن مؤجل لم يكن للوكيل قبض الثمن إلا بوكالة عليه مستأنفة فتستوي المسألتان
لما ثبتا للتناجز الموجود فيهما والله أعلم قاله عبد الحق عن بعض فقهاء بلده
وأيضا العادة أن الوكيل على البيع وكيل على قبض الثمن فلذا قبضه عملا بمقتضى العادة
ولم تجر العادة بذلك في النكاح فيبقى الحكم فيه على الأصل قاله عياض وغيره وإنما
قال الشيخ أبو بكر بن عبد الرحمن إن الغريم مردود عليه بإقرار الوصي والوكيل المفوض
إليه بالقبض مع ادعاء كل منهما التلف ولم يبرأ الزوج إذا أقر بقبض المهر وادعى
التلف إلا ببينة لأن الولي لا ولاية للمرأة فيه والمهر عوض بضعها وهي
مالكة له فلا حق فيه لمن زوجها إلا برضاها ولأنه لا شركة له معها في بضعها فقبل
قوله فيه كسائر الأجنبيين وإنما قالوا يصدق على زوال حق له لأنه بان كثير
يقع فيه الجحد للشهود إن لم يتزوج إلا وكذا العلماء في اليتيم والنعلان في إلا حرام
وقال ابن الماجشون يلزمه أن يشتري الرقبة ولو بجميع ماله ولا ينتقل إلى الصوم ومثله
في كفارة اليمين بالله لأن الثلاثة إلا وإن بين خلطهما المكلف على نفسه باختياره
بخلاف الكفارة وما ذكر معه وأيضا الظهار منكر من القول فناسب أن يعاقب على
ذلك وأيضا الكفارات فيه يجمع فيه على فور بينهما وفي غيرها على التراخي لا بعسرة
ولا مشقة في تأخيرها لوجدانها دون سرف بخلاف التأخير في النكاح وفي الأشرار القول
أيضا فيه بخلاف عن مالك وأصحابه وإنما قال في الكتاب إذا وطئ الأب أم ولد ابنه
يغرم قيمتها أم ولد وتعتق عليه وولاؤها لابنه وفي الجناية عليها قيمتها قيمة عبد لا أم ولد
لأن الأب قد أشغل عتقه الولاء بخلاف الجناية تنبيه قال ابن عرفة وهذا الفرق لا يتم
لأن الجناية قد تكون في البعض لا في النفس وإنما قالوا إن كان ربع دينار للمرأة إذا انفرد

بالعذر ولا يترك لها شيئا اه انظر الولي وفي كلام المؤلف عيب كل واحد منهما بما رأى لأن
المرأة اذا كانت مثل العذراء لو لم يترك لها ربع دينار بل دون ذلك ادى عفوه البضع
عن العوض وهو بلا مهر وليس كذلك الولي فان البضع لا يخلو عن المهر وانما قال
فذلك يجوز عفو الاب عن نصف صداق ابنته البكر بعد الطلاق ولا يجوز قبل الطلاق ف
وفي كلام المؤلف عيب عفو عن الصداق لان عفو الاب لا يجوز على ابنته البكر الا اذا
كان نظرا لها واما اذا لم يكن نظرا لها لم يجز فقبل الطلاق ليس فيه نظر عفوه عن الصداق
لانه لا منفعة لبنته في ذلك وبعد الطلاق هو نظر لانه داع الى رغبة الازواج
فيها بحسن الثناء عليها وانما سقط الصداق في العقد الفاسد اذا فسخ قبل
الدخول ولم يسقط اذا طلق قبل الفسخ لان الزوج بالفسخ مغلوب على الفراق
فلان الطلاق موجب ان لا يكون لها شيء من الصداق وكان الزوج جبرا ومجبورا فبان هو ليس
بامرأته فيفرق بينهما انه لا شيء لها من الصداق المسمى وايضا فان الله تعالى
لم ينص على وجوب نصف الصداق المسمى في الفسخ موجب ان يثبت فيه اه الا انه طرأ او لا
الزوجة فلا يثبت فيها شيء اه به يعني قاله في الاجوبة وانما قال في المدونة في
نكاح بشرط لانه انعقد بغير ولي ومع ان قاضيا يرى جوازه فالحكم ان هذا الحكم لا يفسخه
غيره لعقد وان الترك لها مهرا وانه قرار على الفعل كالشبيه وقال اذا اشترى
معيبا فباعه قبل ان يعلم بالعيب ثم رجع اليه بلا شيء كان من ميراث او هبة
او رد بعيب ان له الرد على البائع منه وان خاصم فيه قبل ان يرجع اليه فحكم القاضي عليه
بمذهب ابن القاسم انه لا قيام له لان القاضي اذا حكم باجازة النكاح فلانه اذا قضى
بذلك قضية مؤبدة غير معلقة بشرط ولا علة والقاضي اذا منع القائم من الرجوع
بالعيب فلما ذال الرد البيع العيب لا يمكنه فاذا امكنه من ذلك سقط الحكم لكونه
معلقا بشرط وعلة فاذا زال ذلك زال الحكم تنبيهان قال ابن حبيب ان خاصم فقضى
عليه بالرد فقال له فانه ان اشتراه لا يكن من الرد لكون القضية تعلقت بشغوله حقه
في هذا وانكر الشيخ ابو محمد هذا فقال يعتبر من اوهم وانما قال ذلك من نكح بعبد

فطلق نكاحه صحيح وليس الوسط من الفساد ومن نكح بشروط فطلق لم يصح وفسخ قبل
الدخول وثبت بعده بصداق المثل وقد كان الاول فعيل الصداق فهل غير معتبر لان الغرر
فيه يكاد يقع بينهم اختلاف وثبات شرط يكون فرعه في غيره منه وليس كذلك البياعات
لان البيع يبطله الشرط فلذلك لم يجز الا حلالا فيهما وانما قال العلماء
لم يصح النكاح بعقد فطلق ولا يصح بعد البيع ولا ابن جائز وكل ذلك عقد فعلا ومنه
لان عقد النكاح ليس المبتغى منه العوض فلذلك صح ان كان الحلال فيه بخلاف البيع
ولولاه خلا الخيار في البيع والا جاز دون النكاح وانما قال مالك يصح النكاح
من غير ذكر صداق ولم يصح عقد البيع الا بذكر الثمن لان المقصود منه الثمن اذ مبناه على
المكايسة والمشاحة فلذلك لم يصح الا بذكر الثمن لانه المقصود منه وانما
قالوا اذا تزوج المرأة بخمر او خنزير يفسخ النكاح قبل الدخول وان دخل بها بذلك
يمضي الخلع ويرد ما اخذ وقد كان الاول فعيل عقد على غير معلوم شرعا لان العوض في النكاح
شرط والخمر والخنزير لا يصح كل واحد منهما للعوضية شرعا فيلزم من انتفاء الشرط
انتفاء المشروط ولا كذلك الطلاق اذ ليس من شرطه العوض وايضا الخلع طلاق
والطلاق يكون رفعه بعقد وفرعه وعقد النكاح يكون رفعه بعقد وفرعه وانما قال
مالك اذا اقر المشتري من او يعقد بيع زوجته فاخذ زوجها العبد في مرافقه يفسخ
النكاح فان كان قبل البناء رجع العبد للمشتري وقال في مثله يفسخ نكاحه ويعود له عبدا
ويزول عيب النكاح لا يجوز ونفع زوجة لانه رجع العبد عوضا من الصداق يتوقف على
رضى المرأة ولا كذلك الامة لا استقلال المشتري فيهما فناسب ان يعامل فيهما بنقيض
قصده الفاسد وانما قال في المدونة اذا قال لغير المدخول بها انت طالق انت طالق انت
طالق لم نسقها يلزمه الثلاث واذا اسلمت المجوسية فاسلم الزوج مكانها لا يكون
احق بها فلم يجعل للنسق هنا حكما في باب الطلاق وباب الحكم وباب النكاح مذهب
اباحة والاباحة لا تكون الا باتباع ابن شيبان وذلك هنا اذا اسلما معا قاله الشيخ
ابو الحسن الصغير تنبيه قال بعض حذاق المشايخ من اعتبر صحيح لان النسق لما هم

لعله المقصود من النقل انه من الاعتبار دون الوطء دون الاثر
يعني ان الرجحان من الاكثر الزم البيع بالاتفاق

سنا وكتاب الغصب في مسألة العبد وغيره يجري مجراه فتفقه وإن شئنا شهدة
ان يكون في متكلم واحد لا اثنين ولا يسوا لمن زاد ان يعطي زوجة من انفسهم فابى ان يعطي من انفسهم
وإنما قالوا في المرأة تتزوج بزنا تبر ثم يعطيها عوضا فيستحق انها ترجع بقيمة
العوض ولا ترجع بالزنا تبر بمنزلة ما لم تزوجها به ولو اشترى سلعة بزنا تبر ثم
اعطى فيها عوضا ثم استحق فانه يرجع بالزنا تبر لأن النكاح قد تقدم فيه التسمية في
الغلابية ويكون في السر غير ذلك وليس البيع كذلك الا ترى لو تزوجها بثلاثين
دينارا عشرة منها نقدا وعشرة الى اجل وسكت عن العشرة الثالثة فالرواية ان
العشرة المسكوت عنها ساقطة ولو كان ذلك في البيع ما سقطت وتكون حالة
وإنما بان النكاح البيع في هذا لما ذكرناه ان فيه سرا وعلانية فأمره في غير ما وجه
بخلاف البيوع وإنما قالوا اذا خالعت الزوجة في دفع العبد لهذا وفي الجناية
ان الزوج على خيار في نقضه بخلاف ما اذا باعته بجنايات مما يشبه يرجع عليها
بالجنايات في نقص قيمته لأن المرأة في الجناية تقول لم احبس عبدا جانيا فدية ثم
يحق ايضا فيمضي بخلاف البيع فانما هي الجناية قاله ابو بكر بن عبد الرحمن وعرض على
ابي عمران ما كان هنا البيه وأيضا في البيع لا يستطيع الرجوع في النقص لا نبالي عنده
في وقت كان لهذا البيع جائزا وقد تلفت عليه بغير نقصه فوجب له الرجوع وفي
الجناية لم تتلف عليه شيئا استحق قيمته الا ان يفديه بالأرش وافتراق كلا شرايه
وليس عليها واجبا ان يشتريه اذ ان تتكلف اخراج ثمنه قاله ابو بكر وقد ورد فيه بعض
هذا وهذا احسن فتنبهه قال عبد الحق رحمه الله الفراسي الشيخ ابا بكر رحمه الله يقول
انما باعته بجنايات لا يرجع الزوج في نقص العبد وإن كان قائما وفي الجناية يرجع في
نقص العبد ان كان قائما وفرق بينهما بما ذكرته والرواية في بيع العبد لهذا انما البائع
فيتبعه ثم يحلفهما انه انما عليهما نقص الثمن ما لم تغاب ولم يذكر اذا حابت وكان
قائما هل يرجع فيه وأما الخالع من ذلك ويكون كمسألة الجناية لأنه من باب معاوضة
وقعت منها فيه محاباة والعبد الذي ذكر الشيخ ايضا انما يصح له اذا كانت الجناية

لأنه على خيار في نقضه وليس عليه بخلاف ما إذا باعته بعيب
فيخير من تلفت عليه شيئا مما عنده

عمدا ولو كانت هبة لثيب يسقط فلا ذكر له من أجنبيا جملة انتهى وأما قالوا في
المرأة تهب صداقها ولم يقبضه الموهوب له حتى طلقها زوجها أن الزوج يجبر
على دفع الصداق للموهوب له إذا كانت موسرة يوم الطلاق ثم يرجع عليها بنصفه
وإذا باع السلعة من وهبت ثمنها فوجد المشتري بالسلعة عيبا واستحقت قبل أن
يرجع إلى الموهوب الثمن أن له أن يحبس الثمن ولا يلزمه أن يدفع إلى الموهوب له لأن حدوث
الطلاق بعد هبة الصداق من الزوج وهو الذي مكنها من التصرف فيه وإذا رجع في هبته
ولا يكون أضر أنه الطلاق ويبطل ما سبق من إذنه وتمكينه وابن شعبان والهادي على المثل
الدين الموهوب لغير من هو عليه الدين وأما من وهب صاحب الدين فلم يقبضه ويرى
أنه يملكه فإذا استحق المبيع أو وجد به عيبا بطل الدين من أصله وبطلت الهبة ببطلان
الثمن والله أعلم وأما قال محمد بن المواز إذا أصدق زوجته عينا فتركته ثم طلقها
قبل البناء رجع عليها بنصف الجميع وإن أصدقها ماشية ثم طلقها قبل البناء لم
يرجع عليها إلا بنصف ما بقيت الزكاة مع أن الجميع من أو ورد الطلاق عليه
بعد تزكيته بذلك العين من ضمانها ولا كذلك الماشية وأما قال في كتاب السرقة
لو أقر شاهدا الطلاق قبل البناء بالزور غرما نصف المهر وفي كتاب الرضاع لو
تعمدت امرأة رجل إرضاع زوجة أخيه فسخ النكاح ولا غرم لأن تعلق العداء في
الرضاع بنفس ثبوت النسبة لا يرفع العصمة فانتزعها قاله ابن عرفة وأما قال ابن
القاسم إذا زاد الزوج في مهر زوجته تطوعا منه بعد العقد ثم طلقها قبل البناء
يسقط عنه نصف ما زاده كالصداق الأول فلو مات قبل الدخول بطل لم يجب
لها شيء مما زاده وبطل جميعه لأن في الطلاق والزوج فلابن العربي حكم عن نفسه
بحكم الزيادة فقال سبيلها سبيل الهبة أو سبيل الصداق فإن كان سبيلها سبيل الهبة
فللمرأة ملكها البتة بجميعها وإن كان سبيلها سبيل الصداق فإذا طلقها رجع إليه نصفها
كالصداق الأول وإن مات لم تكن لها فيه للزوج ولا يدرى ما حكم الزيادة بعد احتمال أن تكون
هبة واحتمال أن تكون زيادة في الصداق وقال فقد استحقه الوارث بغير قبلا بزال

يدل بأمر محتمل فلذلك أوجب لها نصفه في الطلاق ولم يوجب لها شيئا في الموت وجعله
كالعطية إذا مات المعطي قبل أن تقبض قاله ابن بشير وأيضا منزلة الزيادة إنما
صدرت من الزوج وصارت بحكم المهر لا هبة مطلقة فاعتبر فيها حكم المهر عملا بقصد الزوج
أو موصولة في حيازته وكان لها نصفها في الطلاق واعتبر فيها بعد موته حكم الهبة لعدم
الحيازة قاله ابن عرفة وأيضا فالزيادة شابهت شائبة تشبه بها الصداق
من أجل أنها بعد العقد أو لو شاء لم يزدها من أجلها فلو جعلناها ابن حتما لبرئها وجب على
ابن حتما لبر أوجب وما لم يجب إلا على أحدهما سقط فإذا كان في الطلاق وقع على أحتمال
أن يكون من الصداق فلها نصف الزيادة وعلى احتمال أن تكون هبة يكون لها جميعها فتأ
في النصف واجب لها على كلا الاحتمالين لبر وإن الله ملك الزوج عليها فلذلك
لم يوجب قاله الشيخ أبو الحسن الصغير عن شيخه أبي الفضل راشد عن الشيخ أبي محمد صالح
تكميل ينبغي أن يذكر هنا المعروف في عدة فروع منها ما يحمل على التفريق إن قرب وجود
ما يحمل على التفريق وإن بعد كذلك وعكسها الموقوف على أمر قرب الوجود فيمن
الوقوف على ذلك ابن فرحون وانظر قال ابن القاسم فيمن تزوج امرأة فأدخلت
عليه أختها فوطئها غلطا لها صداق المثل على الواطئ وقال فيمن ابتاع أمة
فوطئها ثم استحقت بحرية لا صداق لها عليه لأن مسألة الأخت دخل على أن يعطي
مهرا ومسألة لم يدخل على ذلك قاله الشيخ أبو الحسن الصغير وانظر
قال ابن القاسم في الولي إذا رضي هو ووليته بغير كفؤ ثم علما ذلك الرجل فسخ
أراده ثم المرأة وأباه الولي ليس له ذلك وإن شرط لزوجته عند عقد نكاحه أن
تزوج عليها فأمرها بيدها فنكح عليها امرأة ورضيت بها ثم كملت الداخلة
طلاقا فأبانها وأراد مراجعتها فليس ذلك له إذ برضاها ولبس رضاها بها أولا
بلازم لها من أخرى فجعل في مسألة الولي النكاح الثاني يلزمه برضاه الأول ولم
يجعل في ذات الشرط النكاح الثاني يلزمها برضاها الأول لأن المعرة التي
تلحقها باشتغال الكفاءة يعتبر تحققه في انكاحها منه أولا وذات الشرط الضرر

الثانية غير المدونة قبل فلم تقرر به قاله الشيخ ابو الحسن الصغير وإنما
قالوا في الكافر يطلق زوجته ثلاثا ثم تراجعه الى حكم المسلمين انه يحكم بينهما بحكم
ان اسلما في طلاق الكفر واذا اعتق عبده ثم رجعا الى حكم ان اسلما انه يحكم
عليه بحريته الجميع ملك فنزول بعد ذلك سبب رجعه لان الكافر في العتق عتق ملكه
عليه ثابت فلذلك حكم عليه بالحرية بخلاف النكاح فانه فاسد والطلاق
يشترط صحة وقد صرح الفساد قاله في ابن شقرون وإنما كانت ردة احد
الزوجين توجب الفسخ بطلاق واسلام احدهما يوجب فسخه بغير طلاق لان الردة اتت
على نكاح صحيح فلا ينحل الا بطلاق بخلاف الكافر فان نكاحه عندنا غير صحيح فينحل
بغير طلاق وأيضا المسلم يلزمه طلاقه فكذلك يلزمه لما اخرج من الردة لان
الطلاق والكافر لو طلق لم يلزمه ان اسلم فلم يلزمه لما فعل الطلاق قاله ابن عمران
وأيضا اسلام الكافر يشبه منزلة طلاقه وطلاقه غير لازم وارتداد المسلم
يشبه منزلة طلاقه وطلاقه لازم وإنما قال ابن ابي زيد وغيره اذا كتب في
العقد صحيحة العقل والبدن لم يكن ذلك شرطا يوجب له الرد من كل عيب واذا
كتب سليمة كان شرطا يوجب له الرد من كل عيب من العيوب لان الاول جرى عادة
بجارية من تلفيقات الموثقين ولم تجر العادة بالثانية قاله بعض اشياخنا جريس
وإنما ثبت الصداق للمغصوبة فتحلف بيمينه وتسقط الحد على الغاصب ولم
يثبت الحد لان الشرع جعل في اثبات الحقوق المالية طريقا غير طريق اثبات
الزنا وإنما قال في الكتاب اذا تزوج امرأة على عبد موصوف ثم دفعه اليها
فاستحق يرجع عليه بمثله وان نكحها على عبد بعينه فقيمته لان العين لا يكون في الذمة
والموصوف في الذمة فاذا تزوجها فاستحق رجع عليه بمثله في ذمته وقد يراد
ان يعرض يثبت استهلاك المرأة عليه والمعين تعلق الحكم بعينه فاذا استحق
من يدها عادت عليه بالقيمة لانه فات قلت على ابن شقرون وإنما اخذ ثمنه
عن هذا فيما كان السلعة اذا استحقت ان المبتاع يعود بثمنها على البائع وقيمته

أي على عيوب قيمته ثم بعد البنا
باستحقاق يوم الحكم ... عليه

يوم رضيت بالعرض فوجب ان علم ذلك انه ملك بعد رضاها به لكان لهما ردها
قاله ابن بشير. تنبيه: من جملة ما في بعض فتاوى من الحواشي على نسخة من
كتاب ابن الحاجب في استحقاق العبد الصداق اذا كان معيبا ثمانية اقوال الاول
الرجوع بقيمة العبد وهو قول مالك وابن القاسم قال اللخمي وحمل ابن حبيب على
المكارمة فيه فان كانت قيمته اقل من صداق المثل فلها ذلك مكارمة من الزوجة
وان كانت قيمته اكثر كانت مكارمة من الزوج الثاني ترجع بصداق المثل
ولم يعزه اللخمي وعزاه ابن رشد في البيان لمالك في العتبية قال وهو الصحيح لان
العبد عرض بخ فاذا استحق العبد رجع بقيمته بقيمة لجوازه بالعقد الثالث
الرجوع بمثل العبد قاله ابن كنانة في كتاب ابن حبيب ومثله في مختصر ما ليس للمختصر
الرابع ان استحق بحرية رجعت بصداق المثل وان استحق بالملك رجعت بقيمته
وعزاه في البيان للمغيرة. الخامس ان علمها بالعبد وكان ذلك في املكه فسخ
النكاح قبل الدخول حكاه ابن حارث عن سحنون السادس ذكر ابن حارث عن سحنون ايضا
انه يفسخ قبل البناء ويثبت بعده وحكاه ابن حارث ايضا عن بعض اصحابنا السابع
انه يفسخ قبل البناء ويثبت كان الصداق عرضا بعينه فاستحق وعزاه في البيان لـ
يحيى الثامن قول اللخمي لو قيل ان لها الاقل من قيمته او من صداق المثل لكان وجها
فان كانت القيمة اقل لم يكن لها غيرها لانها رضيت بالاقل من صداق المثل وان كانت
القيمة اكثر لزمه صداق المثل لانه يقول انها ومثبت عيبا فاستحقت فلا يلزمني
العوض عنها الا ان يعلم انها لو تزوجت بغيره فانهم ادعوا انهم لم ترض الا بكون ملك
مثل قيمة العبد. واختلف المذهب ايضا اذا استحق من يدها بعد الدخول هل لها
ان تمنع زوجها من الوطء حتى على وكيفما حتى يوفيها على اربعة اقوال يمنع لا يمنع
العروض ان يطؤها اولا وان العروض ان يستحق كله فلا يمنع منه شيء او يستحق بعضه
فلا يمنع منه ربع دينار والقول الاول من الاقوال الثمانية جار على القاعدة فيما
اذا استحق عرض فلا فرق ومعلوم انه يرجع بقيمة العرض لا بقيمة العوض وذلك في

شبه مسائل بالروس النكاح والخلع والصلح عن دم العمد والصلح على الانكار وفيما عدا
الكتابة وعتق العبد على عوض وكذا لرد العمد وقد نظمت في بيت لبعض عصرنا وتوسعة

وقبلت نكاح وخلع واعتاق فكتابة * كتابة دم العمد صلح بانكار *

وانما قال في المدونة يجلدونه الصغيرة ولا يجلدون المجنونة لان النبي صلى
الله عليه وسلم قال حتى تذوق العسيلة والصغيرة قد تجد اللذة وتقصر اليه
البنية وان كانت لا تنزل والمجنونة لا تجد شيئا وقد تعرف ذلك وانما يتكلم الناحية
قاله عبد الحق في التهذيب وانما قال في المدونة فيمن اسلم وله ولد صغار موقع قال
الاب ان قتله يوقف الى بلوغ الولد فان اسلم ورث الاب وان لم يرث وكان المال
للمسلمين وان اقتله قاتل قبل بلوغه فانه يقتل به يحكم له بحكم الاسلام في وجوب
القتل على من قتله وان يحكم له بحكم الاسلام في وجوب الميراث له وان توقف بلوغهم
لان الميراث غير ضروري مثل يتوقع اسلام الحي البلوغ او لا فتبنا بلوغهم يجوز ان
يرجعوا عن الاسلام بخلاف القتل فانه اذا قتلهم قاتل بعد قتلهم وهم على الاسلام
حقيقة فلا توقف فيهم وزوال عنهم لانهم ماتوا عليه فوجب بذلك قتل قاتلهم
قاله بعض شيوخ عبد الحق وانما تكون الحرة فراشا بالعقد الصحيح بامكان الوطء
امكان الوطء ولا تكون الامة فراشا الا بالوطء وعندنا ان الحرة انما تراد للوطء خاصة
فالعقد عليها انزل في الشرع منزلة وطئها لما كان هو المقصود به ولا كذلك الامة
فانها تشترى لاشياء كثيرة غير الوطء فلم يجعل العقد عليها بمجرده فراشا فاذا
حصل الوطء صارت الامة مثلها فكانت فراشا تنبيه قال ابن ... ابو
عبد الله المازري رحمه الله تعالى هذا التعليل قاله بعض شيوخنا الى ان زعم ان
الشاب العزب اذا اشترى جارية علية لا تراد غالبا الا للتسري وهم ان ذلك
غرضه منها وكلهم من الجهال فانه يشكل بها فيملك السرية فانها تكون فراشا وان
لم يثبت وكلها وردا ان هذه ابن ... ملحقة بالحرة وتوقع منها العلة المعروفة
بين الحرة والامة وتعلق بعض الشيوخ في نحو هذا المذهب بما وقع في المدونة ان الولد

انظر المسألة ... الدين

اذا افتات زوجها وشيرتها ولم يبرزوا بيمها اقرب منزلة فقال عليها افضل في جليس
مع عيشتها اذا كان رشيدا تحو تبرا كثر من شهر وخمس ليال ورد انه اذا امكن ان
يعمل المشيرة على في ذلك الحكم استطلعوها كتبها وانفصل   من ذلك بان ولي الولد
فذهاب كم انه لتشيرتها بها تفرغ من اشتباه لامها بالممز لم يعتبروا متربا به
في الولد وبعد رجوع عمها الابن بن عمه زوجها بخلاف التي لم تلد ونبلغ في
العدول ان فه بيع ملك رجال لها في وقت واحد وكلهم لها واذا كان لها
بعد تساووا كلهم فلبيد ان احدهم او حد الولد من صاحبه اذ اتفق زعموا مع سبقوا بهم
في شبهة العزل فلا تملك بخلاف الحرة فان الولد اثانه في بيتها وان في الحرة
والعدة فلم يطا وكذا هيبتها من قبل انه اذا كان يطا زوجته زيد مثلا ان يتزوجها
وهو لا يعلم ان لها زوجا فقد عده لانه كان يمكنه ان يتعرف ولا يقدم على وطء زوجة
من فراش لغيره ان يتزوجها في عدتها جموع التعقيب كذلك لو وجد امراة على فراشه
فوطئ   ولا يعلم بالولد للاحد بالفراش الصحيح لقوته وانما قالوا اذا استجد
نكاح بكر اقام عندها سبعا واذا استجد نكاح ثيب اقام عندها ثلاثا في ر عقد النكاح
كذا والجديد يفارق القديم في ذلك لان عند مثل الزوجان بكر القلب فمنها بداية
وسكر لها والحشمة فتونس بزيادة المقام حتى تطمئن ولا وحي عكس   ويستدعي الزوج
لزيادة من البكر فيه بالكلام بين لذة فلما كان قلب البكر ابعد من قلب الثيب زيد في
المقام ليتمكن نس قلبها في المعاشرة

فروق كتاب الخلع

وانما قال في الكتاب اذا اصالح بعبد بعينه الى اجل يجوز الخلع ومطل في جمل
ويكره ابن فراع عليه ولم يجعله كالخلع بفرس شارد وما في معناه مما لا يتناجز مثله اذا
وتا جيلة بها يقدران على زوجه وليس كذلك الابق وما في بابه وانما جوز في الكتاب
الخلع على نفقة الولد في الحولين ولم يجزها فيما بعدهما من الغرر المتطرق بعد الحولين
فتكثر في الحوائج لانتقال الصبي عند الرضاع الى في الحولين وانه لو لم يتم ذلك عليهما
لشق على الاب تكلفه وليسير النفقة بعد الحولين في الطعام والشراب فا يبقى

[illegible]

على الذي تكلفه قال ابن محرز وانما قال في الكتاب في بعض الخلع بشرط
النفقة على الولد اكثر من عامين وفي الخلع بالآبق والشارد والجنين والثمر التي
لم يبد صلاحها مع ان الجميع غرر لان الغرر في الآبق ونحوه خف لانه عنده بالكلية وقد خلع
فمادته هذا الغرر خلاف التي خالعها على ان تنفق على ولده اكثر من عامين وشرط
النفقة في ذمته على هذا ولا يدري اتسلم ام لا تسلم فان سلمت وان هلكت المرأة فيما
شرطت على نفسها من نفقة الحكم في ذلك فلما كان ما شرط لامر ذلك امرا يتعذر فلان
به الى الخصومة منع وابطل من اصله قال ابن محرز وايضا العبد الآبق الغرر
فيه بسببه وهو يحصل الى مدة او لا يحصل وقد اخرجت ذلك المرأة من يدها وبيست من
رجوعه اليها ويبقى الغرر فيه من جهة الزوج وحده بخلاف مسألة النفقة فانها
قد تعجز في اثناء المدة على النفقة فلا يصل الزوج الى غرضه وقد لا تعجز وقد يعيش
الولد قليلا فيما قبل المدة فيخرج من يدها على كل حال ويصل الزوج الى غرضه او
يموت بعد الحولين الولد او الوالد فلا يخرج من يدها شيئا وتتوهم فانها قد تصل
الزوج الى غرضه فيكثر الغرر من الجهتين قال عياض وايضا في الآبق والشارد وما ذكر
فهما غرر في بعض عوضه وان الذي في شرطه عليها ان الولد اذا قامت في اثناء
المدة رجع عليها بما بقي من المدة فلا يتبين الاول من الثاني في هذا قاله عبد الحق
عن بعض شيوخه تنبيه يتفطن هذا الفرق ويرد بالخلع على ما في البرذعة على عبد غير
موصوف ولا مرئي والله اعلم وانما يقع الغرر والجهالة كالآبق والشارد في
الخلع ولا يقع في النكاح لان النكاح لا يستباح البضع الا بعوض بخلاف الخلع ولان
ابن خلفه بفرع العوضية فلذلك افترقا وانما اجاز اجتماع الخلع والبيع ولا
يجوز اجتماع النكاح والبيع لان وجود العوض للمال في النكاح من حق الله تعالى لا
يتمالأ الزوجان على اسقاطه فلا بد من وجود العوض ربع دينار فاكثر
ولا كذلك حال العصمة فانه حق للزوج اسقاطه بالعوض وان نعراه عنه والله اعلم
وانما قالوا اذا اقامها ثم تبين انه كان بائنا بيد الحال واذا كاتب عبده وبناه
ومنه ثم تبين انه كان اعتقه ان يرد ع ان كل واحد منهما فيكون هذا للمبسوطة ومنه اذا

للمرتهنة ان له سبيلا ان يستمتع وينزع ماله ولا يزيل ملكه عنه وان الحاكم والسيد كذلك
الزوجة اذ لا سبيل الى وطئها وهو كالاجنبي ولا يحل اليه الا بوجه شرعي واذا ابيت
كان لا قيد قبل ذلك. فعند اخذه بعضه عوض لانما كان للفقهاء ان يرد واخلع الحرية نية
وليس لهم ان يرد وان نكاح الحرية والصغير والسفيه له لان النكاح مما يتسرى لحاجة
الية كالحاجة الى الطعام والشراب واللباس وغير ذلك مما لا بد للمرء منه فلم
يكن للفقهاء منعه من التزويج كما لم يكن لهم منعهم له من شيء من الاشياء وكذا نفهم علة ذلك
على قول بطلان الخلع بانه مما لا يتسرى لحاجة الية وانما تقع غنية في التملك
ان الزوج لعدة زمن يقرر وامر ليس بمعتاد ولا غالب على ما لا شبه فلم يخرج من اموالهم
اختيارا عن غير عوض فلم يمض عليهم وعلمت ونبه جل هذا ما في كتاب العلم ليس
للحرية ان يصالح عن الحد بالمال لان هذا يشبه الخلع اذ ليس من معتاد ا
وفي قال في غير المدونة ان هذا انما يمنع ابتداء فاذا وقع الصلح مضى قال الشيخ
ابو القاسم بن محرز وعلى هذا ينبغي ان يمضي الخلع ايضا وكذا نفهم علة قولها على ان تصرفه
في مالها بكل وجه يطلب لها منفعة او يدفع عنها مضرة نادرا كان او معتادا

فروق كتاب الطلاق

وانما يجبر المطلق في الحيض على الرجعة ولا يجبر المطلق في الطهر الذي مسها فيه على
الرجعة وفي كلا الوجهين غير ممنوع من الطلاق لان المطلق في الحيض انما منع من ذلك على
المرأة لتطويل العدة عليها وعوقب بان يرتجع وهذا المعنى مفقود في الطلاق
في الطهر الذي مسها فيه لانه لم يطول عليها به عدة لانها تعتد بطهرها كاملا وانما
يطلق على الوجه في الحيض ولا يطلق فيه على الحيض والمعسر بالنفقة ولا يطلق على من
فقد زوجته لان الوجه اذا لم يطلق عليه زيد فيما اجل له وذلك لا سبيل اليه
وانما قال ابن القاسم في الذي يقول ان تزوجت فلانة فهي طالق على كلامي انه
ان تزوجها وقع عليه الكفارة والطلاق معا واذا قال ان قربتك فانت كظهر امي
وانت علي كظهر امي يلزمه الطلاق ولا يلزمه الكفارة لان الاول لم يجب عليه شيء
وينفسخ نكاحه بالطلاق او الكفارة وانما اوجب عليه ما اوجب على نفسه وانما

ح وفي البيان صحيح في خلاف كونه زوجا / مرضي عن الزوج

بنفس تزوجه إياها فوجبتا ألا يقدم أحدهما على ما فيه وإن يعلقا عليه فعلا ثانية
أو جعلها على نفسه معا بشرط تزوجه بطلاق الثانية فإنه يلزمه الطلاق بنفس
تعليقه وبنفس بما فيه فيه بتمام فراغه من قوله أنت طالق ثلاثا دون مهلة فيمن
قوله عقب ذلك وأنت علي كظهر أمي فمن قرنا أنه منه فلا يلزمه وإنما لزم
الطلاق في قول الرجل إن تزوجت فلانة فهي طالق ولم يلزمه إسقاط الشفعة
في قول الرجل إن اشترى فلان شقصا فقد أسقطت عنه الشفعة لأن الطلاق حق لله عز
وجل ويلك الطلاق ولا إذا وقع ولا يستطيع الرجوع فيه برضى المرأة المطلقة
أي ليس ذلك حقا لها فيلزم بعد النكاح كما التزمه بنفسه قبل النكاح وإسقاط
الشفعة ليس حقا لله عز وجل وإنما هو حق للمشتري فيصح له الرجوع فيه
برضاه فلا يلزم إلا بعد وجوبه له عليه فإن له بعد الشروع وإنما لزم
تعليق الطلاق بالأجنبية ولم يلزم تعليق التحريم بما قد جاز الشرع وجعل العصمة
بالطلاق وفي كل وجوبه لكونه أصلا متفقا عليه ويفتقر بالقراع على العصمة
الحاملة دون غيرها لكونها فرعا مختلفا فيه قاله ابن العربي رحمه الله وفيه
نظر انظر مسألة الستور وإنما يلزمه الطلاق عاجلا في قوله أنت طالق يوم
أموت ولم يحمله على ما بعد الموت وقالوا إذا قال لعبده أنت حر يوم أموت أنه
يحمل على قوله بعد الموت ثم ينظر إن قال أنت بكرة وعشية أو تدبيرا وإن لم يكن له
نية فهو وصية عند ابن القاسم وتدبير عند أشهب فيلزم على هذا أن يكون الحكم في
الطلاق بمنزلة أنت طالق بعد موتي لأن الطلاق لا يحمل على ما بعد الموت لم يكن في ذلك
فائدة أي لا يقع الطلاق بعد الموت بخلاف العتق وإنما حنث إذا حلف على الغيب
ويقطع عليه على المعروف ولا ينفعه الشك بل يعجل ولا يجب لأن إقدامه على الغيب
تعمد للكذب وليس كذلك الشاك في الطلاق وإنما قالوا إذا قال كل امرأة
أتزوجها إلا من قبيلة كذا أو من بلد كذا أو من قرية بعينها أن الطلاق يلزمه إلا أن
يكون المستثنى من القبيلة أو القرية ليس فيهما ما يتزوج لصغر القرية وقلة القبيلة فلا
تلزمه اليمين وإذا قال كل امرأة أتزوجها من قبيلة كذا أو من قرية كذا أن ذلك يلزمه

مسوا

سواء كانت القبيلة قليلة او كثيرة وكذلك العزبة وفي كلام الجزولي معنى البعض
معلقة بما دون التنجيز في ابن عرفة المذكور بما على نفسه باب الاجابة وكلامه
صريح بان باب الاجابة ساقط في نكاح الشرع وكان ترغم النساء كلهن لم يرد على نفسه
في النسا فبين باب الاجابة لزمته والله اعلم وانما قالوا اذا قال كل امرأة
اتزوجها طالق لم يلزمه الطلاق وكان له ان يتزوج واذا قال كل امرأة اتزوجها
فامرها بيدها لزمه ذلك وفي كلام الجزولي معنى الطلاق وللزوج الاولى فقد سد على نفسه
باب الاجابة لجواز ان تختار المرأة على الطلاق دون العزوبة وانما قالوا اذا
حلف بعتق عبده ليضربنه لاجل سماه فباعه قبل ضربه عند حلول الاجل فالكذبة العبد
ان القول قول السيد واذا حلف بالطلاق ليضربن فلانا حنثه لاجل سماه فادعى
عند حلول الاجل القضاء فالكذبة رب الحق انه لا يقبل قوله وفي كلام الجزولي معنى مع
ورع لا شغلهم اليمين وكذلك هو تعلق الغير لما عنه الطلاق والعتاق في كل منهما بذلك
العادة جارية بان السيد يضرب عبده اي وقت شاء من غير اشهاد فاذا ادعى
وغلبه قبل قوله احلف اذا ادعى العبد العتق والسيد منكر والبينة كذلك فقضاء الحق
لان العادة جارية باشهاد ابن شهاد ان تهمة من امر جملا ان يدفع الى رجل فادعى
انه دفع الثمن والمدعي منكر وعلى الدافع البينة وانما قالوا فيمن
البرع لزوجته ان كل امرأة يتزوجها عليها كالطلاق طالقة بائنة ثم تزوج
عنها ما بعد حسن نيتها ثم راجع الاولى ان الداخلة تطلق عليه ولو ادعى نية ولو
قال كل امرأة اتزوجها ما عاشت فلانة فطالق ثم طلق فلانة كذلك فاجابنا واراد
ان يتزوج غيرها وقال نويت بقولي ما عاشت ما دامت في عصمتي ان له نيته كان دعوى
النية بخلاف الظاهر القصد في مسئلة ما عاشت تحمل الموافقة تنبيه نزل
الى ابراهيم قال ابن رشد ومعنى هذه المسئلة انه قامت عليه بذلك بينة فلم ينوه وتلحقها
لم تقم عليه بينة لم يذكره ابن رشد رحمه الله في اجوبته ولا في غيرها والله اعلم
وانما نفع ابن ستنا بمشيئة الله تعلق اليمين بالله على مستقبل ولم ينفع في الطلاق

ف

والعتاق فإن لفظ الطلاق بمجرده يوجب الطلاق فلا ينتفع بالاستثناء
بخلاف اليمين بالله تعالى فإنه لا ينعقد بها حكم قاله الأكثرون وأيضا فالجواب
إن الاستثناء في الطلاق رفع لوقوعه بالكلية كالاستثناء على بابه فيسقط كسقوطه
في تعلقه به في اليمين بالله قاله البغدادي يون وأيضا فمدلول الطلاق حكم
شرعي فلا يصح فاشتغال تعليقه لعدمه ومدلول اليمين بالله فعل أو كف عنه فيصح
تعليقه بوجوده قاله ابن عرفة وزعم أنه أقرب وإنما لم يلزمه الطلاق
في قوله أنت طالق إلا أن يشاء زيد على المشهور كقوله أنت طالق لو أن شاء زيد
ولزمه على المشهور في قوله أنت طالق إلا أن يبدو لي متمحضة فورية ولا كذلك في
إلا أن يشاء زيد فإنه لا يتمحض على ذلك تنبيه قول ابن عبد السلام الفرق
بينهما أن إلا أن يشاء زيد يكره ذلك الشرع بخلاف أن يبدو لي في غاية الشذوذ لأنه
كما يكره له إلا أن يشاء زيد إلى الشرع فكذلك رد إلا أن يبدو لي إلى الشرع ومراده
براءة والله أعلم وإنما قال في الكتاب إذا شك في طلاق لم يلزمه طلاق فيما وإذا
شك أطلق واحدة أو اثنتين أو ثلاثا فهي ثلاث لأن الشاك في طلاق زوجته على ثبات
عصمته عليها فلا يخرج عن ذلك باليقين والأحرى هناك فرقنا ووقع لابن ربعة أن الرجعة
إن كانت مدخولا بها أو عقدا أو عقد النكاح إن كانت غير مدخول بها وتلك الرجعة
أو العقد مشكوك فيه فلم يتفق أو لا يدري فيترك على ما يقرر من وقوع التحريم فيهما
بالطلاق ولم يبح بالرجعة ولا بالعقد لوجود الشك فيهما قاله ابن محرز
وإنما قال في المدونة إن قال لها وهي طاهر إذا حضت فأنت طالق عجل
عليه الآن وجبر على الرجعة مع أنه يمنع الطلاق في الحيض ابتداء ومنع إنما
علقه بوقت يجوز فيه الطلاق لأن النكاح إلى أجل محرم بالإجماع ووجد هنا
الطلاق إلى أجل يشبهه فوجب أن يعجل عليه الطلاق وإذا لا يجوز أن يستمتع بها
إلى أجل إذ أن على كل حال يمكنه أو تحقق في الحيض قاله بعض الشيوخ وإنما
قال في المدونة فيمن حلف بالطلاق فلم يدر أحنث أم لا أنه يؤمر بالفراق ولا يقضى

عليه

عليه وقال الذي حلف بطلاق زوجته ان كلم فلانا ثم شك بعد ذلك فلم
يدر اكلمه ام لا ان زوجته تطلق عليه فظاهره انه على نحو الاولى فيجبر على
مستقبل والثانية يجبر على ماض فان العصمة مشكوك فيها فوجب ان يفرق بينهما
وبين الزوج والاول لم يشك في العقد في حال انعقاد اليمين وانما الشك
بعد في رفع العصمة وشك هل حنث ام لا قال له الشيخ ابو الحسن الصغير رحمه
الله تنبيه في هذا الفرق نظر لان رفع العصمة اهل العصمة فيتفق في الصورتين وقوله
في الثانية انه يجبر على ماض لا نسلمه بل الكلام انه على مستقبل والفقهاء جعلوا
يمينه ان فعلت من قبيل ما فيه الكفارة ولا مدخل للكفارات في الماضي واما المسئلة
الاولى فمحتملة للماضي والمستقبل والله اعلم وانما اراد في الكتاب بقوله
المسئلة اذا لم يدر احنث ام لا ولم يامره اذا شك هل طلق امرأته او لم يطلقها لان من
شك هل حنث ام لا فقد ايقن باليمين وللتيمن تأثير في المطلوب عليهما وذلك ان نما
الحرم واذا ايقن بالحلف وشك في الحنث كان ذلك اقوى واوضح لزوم الطلاق ومن
شك هل طلق او لم يطلقها هذا لم يتيقن امرا وكذلك او انه تيقن بالحنث وشك في
الحلف لان المسئلة في المعتق بالطلاق ويحتمل اخرى فيتبين الطلاق وهو الحنث وشك في اليمين
الاخرى ولذلك يشبه في الكتاب من حلف فشك في الحنث بل ايقن بالحنث ولم يدر بأي يمين
حلف وذلك هو كل يمين مثل شك فلم يدر احلف او لم يحلف قاله ابن محرز قال وهو
الذي دل على اهل البغداديين من اهما بنا وهو اصلنا ومن شك في الحدث بعد حصول
الطهارة. قلت فهذا الفرق يتفق العصمة والشك في الطلاق ويتفق الطهارة والشك
في الحدث في مدونة كتاب الطهارة فاغنى ذلك عن اعادته هنا وبالله التوفيق وانما
اتهم بالطلاق زوجته في المرض في ميراثه ولم يتهم في هذا فما جعل لها الميراث
كاملا ولم يجعل لها اذا طلقها قبل الدخول في مرضه الا نصف ثلثه المدلول به
الميراث انما اتهم فيه لانه من حقوق الله تعالى ومنع من حدوده فلو سوغ له الطلاق
في مرضه لكان ذلك ذريعة الى فعل العبد حكم الله تعالى واسقاطه من نفسه وهو حمله

يختص وجوبه بالموت فقويت التهمة على المطلق عند حضور سببه وإن الصداق أمر
يجب بحكم المعاوضة والتراضي على قدره وليس جميعه مقدرا بحد الله تعالى
وإنما قدر أقله فيما يزيد على ربع دينار مجرد حقوق الله فيبين من الزيادة وغيرها مما
فلم يقع بالحط عليه بتهمة الزوج كما يقع بالحط على الميراث لأن الناس اختلفوا في
وجوب الصداق فمنهم من يقول نصفه واجب بعقد النكاح والنصف الآخر مترقب
ومنهم من يقول بل جميعه واجب بالعقد وله أن يسقط بالطلاق نصفه فعلى القول
الذي يرى أن الصداق قد كان واجبا بعقد النكاح وأن للزوج إسقاط نصفه
بالطلاق فلا تهمة عليه في الطلاق في المرض لأنه حق له لم يزل يملكه منذ ترتب
الصداق ووجوبه وإنما استمر في كلامه في المرض على ما كان له من الحق قبل ولم
يتصور فيه ما يتصور في الميراث من التهمة لأن الميراث إنما يجب بالموت فإنهم على
من ذلك الوجوب بحضور سبب الموت وهو المرض والصداق قد كان واجبا منه
بعقد النكاح إلا أن للزوج حقا في إسقاط نصفه بالطلاق وإنما استمر في المرض
على ما تقرر له من الحق قبله وعلى القول الذي يرى ترتب الوجوب في جميعه أو نصفه ليس
وجوبه مقصورا على الموت فيتهم فيه كتهمته في الميراث وقد إنما تتهم المطلق في
الأحكام التي تختص بالموت دون ما يشترك فيه غيره من الأحكام مرضه وغيرها مما فلا
يلزمنا ما التزم الشافعي عليه ويستبعد من عصمة منع الحكم بقية أن الوارث إذا قتل مورثه
عمدا ومنع من ميراثه ولو أنه قتل زوج ابنته أو زوج وليته قبل الدخول فيما لكمل
لها الصداق كاملا ولم تكن التهمة تمنعه من تكملة الصداق كما منعته الميراث فبان
أن التهمة إنما تعتبر فيما يختص بالموت من الأحكام دون ما يشترك فيه مع غيره قال
جميعه أن يحرزوا نفسا وقال في الكتاب حكمه كحكم ولده زوجة وجارية تسبيان
كذلك وقال إنما أردت بهذا القول جارية وجاء مستفتيا أنه يصدق وقال
فيمن حلف للسلطان بطلاق امرأته ثم قال كنت أردت امرأة كانت في عصمتي أنه
لا يصدق وإن جاء مستفتيا وكلاهما قد قصد الله على زوجه فأما أن يصدق فيهما

أن لا



جميعا او لا يمر فيما بين الزوجين حكمة كما لو قال ان ردت نجاريتي فهما وبنتي
نسمي حكمة بالطلاق بالتعليق يقع عليه الطلاق وعليهما يسوغ له اللفظ في ذلك اذ لم
يكن في لفظه ما يمنع واما الذي قال امرأتي كما لو قال ان ردت امرأة كانت اوفر بانت
او فر طلقها بتلك المرأة لا يقع عليهما الا من بانها زوجته في الحال قبل يصدق فيما
ادعاه من اللفظ فيما كان لفظه فيه يحتملهما والله اعلم قاله ابن محرز واما
قال ابن القاسم اذا ماتت المرأة بشهر وان الزوج كان طلقها البتة فانه يرثها
واذا مات هو ورثته لان الحكم بالطلاق لا يتصور على ميت وانما يتصور على حي
فلذا كان الزوج هو الميت حكم عليه بالطلاق وقع عليه في اجزاء حياته ومن طلق
في تلك الحال ورثته زوجته فلذا كانت الزوجة هي الميتة لم يرثها لانه من طلق
امرأته وهي مريضة لم يرثها وكذلك لو ماتا جميعا فان كان هو الميت اولا ورثته
وان كانت الزوجة هي الميتة اولا لم يرثها ويشبه هذا الذي علل به قول ابن المواز
في توريثها منه اذا كان هو الميت لانه طلاق في المرض قاله عبد الحميد الصائغ واما
قالوا اذا قال لها متى اذا حملت فانت طالق وطئها في كل طهر واذا قال لزوجته اذا
حملت فانت كما لم يطأها وان وطئ يقع الطلاق لان الحيض بينة اجمعوا انه يجوز
الطلاق الى اجل يحتمل بينها ابن محرز واما قال في الكتاب فيمن قال احدى نسائي طالق
ولم ينو واحدة بعينها يطلقن كلهن من غير كذا طلاق واذا قال احد
عبيده حر ولم ينو واحدا منهم يختار واحدا منهم للعتق لان العتق يتبعض ويجمع في احدهم
بالسهم بخلاف الطلاق قاله ابن يونس وايضا الطلاق ومن اصله يقبل الخيار
وهو النكاح اذ لا يجوز ان يتزوج امرأة من نسائه يختارها وكذلك لا يجوز في فرعه
وهو الطلاق والعتق فرع اصل يقبله وهو الشراء لانه يجوز ان يشتري امة من
جماعة يختارها فيجوز ذلك في فرعه وهو العتق قاله عبد الحق في التهذيب واما
قال في كتاب الايلاء بل الطلاق ومن حلف لزوجته بطلاق كل من تزوج عليها وطلقها
ثلاثا انه ينفعه سقط يمينه وقال في كتاب ابن بلال ومن حلف بطلاق زينب

يفوتها عند ابن القاسم وكذا تردد مبتاع الامة بخيار اختيارا وان لم يفوت لان ابتياع
جعل له الخيار وان باع امة الوكيل فيه فان اوطئ بعد قبل ما جعل له وتم به ملكه ولا
كذلك الرجعة قاله ابن يونس وايضا المبتاع لو لم يطأ وتمادى على امساكها
حتى ذهبت ايام الخيار وانقطعت عنه لكان مختارا والزوج لم يجعل له
الرجعة فيكون له بعد تعقيبها قاله ابن يونس وايضا لو تمادى على امساكها حتى
انقضت مدة الرجعة لبانت منه بخلاف انقضاء ايام الخيار قبل ان يتكلم اقحم
مرتكب الخيار قاله ابن يونس وانما قالوا اذا قال لمطلقة الطلاق الرجعي
لزوجته اذا كان غدا بعد ان راجعتك لم تكن رجعة واذا قال كنت راجعتك بالامس
كان ذلك رجعة وفي كلام المؤلف مع اخبار عن رجعة لان تعليق الرجعة بوقتها
يأتي في مستقبل وعد والوعد في النكاح لا يجوز والرجعة نكاح فاذا اخبر عن وقته مضى
فليس بوعد وانما هو اخبار عن رجعة وقعت في العدة فكانه قال قد راجعتك في
الحال وانما قالوا اذا قال قد راجعتك فقالت قد انقضت عدتي صدقت في
الحال وان كان بعد ذلك نكرا في العدة فان كان مثلها تنقضي فيه صدقت وان كان
لا تنقضي العدة في مثلها لم تصدق وفي كلام المؤلف مع مراعية لانقضاء العدة لان
المخبرة بانقضاء عدتها في الحال تتهم على كراهية نكاحه وليس كذلك اذا اجابته
بعد مضي مدة من كلامه لانها تتهم على نكاحه انما كان رجعة له فلهذا لم يمكن ان تبي
فوتها وايضا بالسكوت ثبتت الرجعة فلم يقبل قولها في بطلانها وفي الاولى لم
تثبت فقبل قولها وانما اجازوا للمظاهر الدخول على المظاهر منها والنظر
اليها ولم يجيزوا ذلك في ذي الرجعة على المرجوع اليها مع ان كل واحدة منهما محرم وكيفية
لان الرجعية منحلة والعصمة مختلة النكاح بخلاف المظاهر منها فانها ثابتة العصمة
صحيحة النكاح قاله في التوضيح وانما قالوا اذا اقام بينة بعد العدة انه اقر
بالوطء في العدة يعد رجعة ولو اقام بعد العدة بينة تشهد انه ابات عندها او انه
اغلق عليهما بابا او ارخى عليهما سترا في عدتها لم يكن ذلك رجعة الا الوطء. ه

بكر ابن شهاد عليه واعتاق بكر ابن شهاد عليهما فلما لم تشهد البينة على عتقه
بنفسها دل ذلك على كذبه قاله الشيخ ابو الحسن الصغير وانما قالوا فيمن امرت
زوجها بالسكنى معها في دارها مدة الزوجية فطلقها الزوج طلقة بائنة ان الاقامة
يعود اذا راجعها او انكح بنفقة ابنها من غيره امد الزوجية فطلقها ثم راجعها
وابى من ان ينفق ان الانفاق لازم له ما بقي من طلاق ذلك الملك شيء وكقوله في
مدة الشرط واليمين لان ذلك فيشاع قوله والنفقة والشرط قوله فما كان من قوله
كان فشاع بسقط وما كان من حق عليه لا تنبيه لا يقال قولكم ان ذلك شاع
لا يعود بعد المراجعة وهم وقصور لقول الجزيري في ترجمة العمرى مرويا بعقبه وان
احمرت الزوجة زوجها في دارها او عن نفقة مدة الزوجية فطلقها الزوج فان راجعها
الزوج تعين له العمرى ما بقي من طلاق ذلك الملك شيء فلا ينقطع الا بالثلاث ان
راجعها بعد زوج لان قوله امد الزوجية يقتضي العصمة وقد قال القاضي ابو الوليد
ابن رشد فيمن تطوع لزوجه بنفقة ابنها من غيره امد الزوجية فطلقها ثم راجعها
وابى من ان ينفق ان النفقة لازمة له ما بقي من طلاق ذلك الملك شيء كما قاله ذلك
في مدة اليمين لانا نقول الجزيري انما ذكره على نص في مسألة نازلة وانما عول
في ذلك على قياس فاسد وهو احد المواضع المعترضة عليه عند الشيوخ حتى قال
الشيخ الفقيه ابن علاق الخطيب بحضرة غرناطة وفقيهها ابو سعيد ابن لب في ذلك نظما

ورجعة الزوج تعيد كل ما ... قد كان في عصمته قد التزما
من شرط او نفقة ان لم تزد ... وان يقع فالطلاق بعده
وذاك من واجب عليه ... ولم يكن اسقاطه اليه
فاسد الجزيري فيه ساء فاسدا ... فجعل انه يبرا بائنا واحدا

قلت ومراده رحمه الله وعفا عنه قوله لبطل النقد عند سحنون يقتضي النقد
ويوجب براءة الزوج منه دون يمين تلزمه وقاله ابن حبيب لان البينة شرطت الخلاف
انما هو في لغو تقدمها به في النقد ومنها قوله وان وقع الخلع قبل ستة اشهر لم يراجعها

فانه يرجع بالرجوع ... ومنهما ابن سعيد ... بينهما ... واعلى من ... وان ... فاسدا ... من بعض
البلاد ... واحرى للاقة ... فلا يعود ... في القرآن ... والاظهر العود ... واستظهر
... ابن لب رحم الله الجميع

يفترقا فلذا فرقتهما إذ ليس له الأكل من الخبزات أو القطع في الصحيح من القول
ويمنعا وإذا علم القاضي من أحدهما علمه الشهود لم يعذر في ذلك الحر غيرهما من
النوازل

فروق كتاب الإيلاء

وإنما قال مالك إذا حلف بالله لا وطئها واستثنى يكون موليا وإذا حلف
به وكفّر وكيف سقط عنه الإيلاء وإن لم يطأ بعد الكفارة فيلزم كما وقع عنده
لتهمته هنا بأضعف الكفارات لأن من وطئها عنده في مسئلة الاستثناء بيمينه لأجل
أنه فيثاب من الوطء وكذلك يلزم في الثانية لا فيما عدا فيها من الحكم أخرج
المدة وفي مخالفة الصلاح لشرطه فلم يتهم بخلاف المستثنى فإنه يعفو المشروع
وبه يتكلم من احتمال قصد غيره بها وهذا قال أشهب لا يحمل عنه الإيلاء بالكفارة
وأيضا المستثنى يحتمل أن يكون قصد الاستثناء به حل اليمين ويحتمل أن يكون قصد
به ذلك بل التبرك ونحو ذلك والكفارة تحل اليمين بلا شك وإن كانت تفوق ما قصد
بها حل اليمين أو غيرها فلما كانت الكفارة تسقط اليمين على كل حال كانت التهمة
فيها أبعد قاله عبد الحق ونقله ابن عرفة وقال الوزان إن الإيلاء هل هو من الكفارة
عن اليمين بالله لأن الإيلاء هل هو حلفه فيه كونها لها ولا فرق لكون الاستثناء للحال
انتهى وأيضا الذي حلف أن لا يطأ امرأته فيمين استثنى فيها كذا وإن كان استثناؤه
كما وقع محتملا فإن الظاهر من أمره العقد على ترك وطئها فلما كان ظاهر أمره بها تنتهما
وترك وطئها لم يزل عنه حكم الإيلاء بالاستثناء لما كان محتملا وإن الذي كفّر الظاهر
من أمره العقد الذي على يمينه فكان ما فعلها أدعى من إرادته بالكفارة إسقاط
اليمين لما لم يكرر كلامه وفعله فلا يتأتى دعواه فلما كانت يمينه في الإيلاء من كلامه هنا
أنه مثاب عن الوطء والعقد على ذلك وكانت إرادته محتملة لذلك وأبقى عليه
حكم الإيلاء قاله الشيخ أبو القاسم بن محرز وأيضا التهمة في الكفارة أبعد
لأنها تتوقف على وجود يمين أخرى ثم على هو الكفارة عنها والتهمة في الاستثناء
على مجرد إرادة التبرك فقط وما توقف على أمرين فما توقف على أمر فلذا قالوا إلى

عرفة رحمه الله وانما قال اشهب اذا حلف لا وطئها واستثنى لا يكون موليا
واذا حلف لا وطئها وكفر ولم يطأها يكون موليا في الكفارة على حنثه لا تجزئ الا
بعد الحنث لا قبله بخلاف ان شاء والله تعالى اعلم وايضا اذا استثنى في
اصل يمينه فقد رفع حكم الايلاء باستثنائه في الكلام واذا نوى ما فيه ان اليمين رفعت
فشككنا فيما عم اراد بان شاء شيئا رفع حكمها او لم يرد ذلك فلا يثبتنا بالشك عليه
حكم اليمين والذي كفر زعم انه كفر عن ايلائه اليمين متيقنة عليه والكفارة فشككنا
فيها فلا يرتفع حكم اليمين المتيقنة بالشك قاله ابن محرز وهو صحيح "لا باس به" وانما
قالوا فيمن قال ان وطئتك فكل مملوك املكه من الصقالبة حر ثم وطئ ثم اشترى انه يعتق
عليه كل من يشتري من الصقالبة لحنثه بالوطء قبل ان يشتري وقالوا في الذي حلف بعتق
عبده ان وطئها فباع عبده ثم وطئها ثم اشتراه يعتق عليه فلم يحنث بالوطء قبل
الشراء لان الذي حلف بعتق عبده قد اوقع الحرية فيه بوطئها ان لم يكن في ملكه لم يقع ايقاع
الحرية فيه الا ترى انه لو ابتدا عتقه في الحال وهو في غير ملكه لم يعتق عليه وان اشتراه
بعد ذلك ولا كذلك الذي حلف بعتق من يشتري من الصقالبة ان وطئ زوجته لانه انما عقد
الحرية بوطئها فيمن اشترى ولم يوقعها وعقد الحرية فيمن ليس بملك صحيح الا ترى انه لو
قال مكان حنثه ابتداء من قبل نفسه كل عبد اشتريه من الصقالبة فهو حر للزمه ذلك
العقد وكذلك اذا حنث يلزمه ذلك العقد قاله ابن محرز وانما قال في المدونة
اذا حلف لا وطئ زوجته حتى تفطم ولدها لا يكون موليا ان نوى اراد الاصلاح ولدها واذا
الى اجل يقر لزمه ايلاء مع انه لم يقصد الضرار وانما قصد استصلاح بدنه واذا
قال بعدم اللزوم لاجل صلاح ولده فلا يقال ذلك في نفسه اولى واحرى لان
اصلاح الولد فيه اصلاح له وليس فيه بخلاف الاجل وانما قال في المدونة ان
حلف ان يخرج امرأته الى بلد كذا فهو مول فان وقفه بعد ان حل فقال دعوني اخرج فان
كانت البلد قريبة قيل له تهيأ فيه فمتى فرغ ذلك له وان بعد ذلك طلق عليه وقال في
كتاب الظهار اذا قال انا اصوم شهرين عن ظهاري مكن من ذلك مع ان المتيقن من كل

تحنث فيه حينئذ

منقضات الايلاء

واحد منها سقوط اليمين عنه بعد الطعام لا يسقط عنه الحنث ابن الكفارة
ولا كذلك ابن الايلاء فانه يسقط عنه باحد ثلاثة اشياء اما البر بان يفعل ما
حلف عليه في المزدوجة بعينه واما الكفارة واما الوطء فلما كان له مزية
في اسقاط حكم ابن الايلاء عن الخروج الى البلد الذي يعني بالكفارة او الوطء لم يمكن
من الخروج قاله ابن محرز وايضا الحنث في الكفارة شرع في نفس ما يزيل عنه الحنث
وفي ابن الايلاء شرع في الوسيلة التي هي [illegible] بما قاله الشيخ ابو الحسن الصغير
تنبيه قال ابن محرز ولو ان يمينه كانت على امر ليفعلنه في ذلك البلد مثل
ان يقول امرأتي طالق ان لم اسافر الى بلد كذا في هذا اربعة اشهر من يوم يمينه
فقال اخرج الى البلد الذي حلف عليه لمكن من ذلك وكان بمنزلة الظاهر الذي
يسأل له ان اسقاطه ان يفعل الصيام وانما قال في المدونة ومن قال لرجل
امرأته طالق ان لم تهب لي دينارا او قال ان لم انكح النصرانية انت طالق ان لم
تسلمي وطال بينه وبينهما ولم يدخل عليه بعد الايلاء لانه يتلوم له ان طلع
على فورها بر والا فانه اراد يمينه فان اسلمت ووهب له ان حنث لم يحنث وان كلفت
عليه وقال في المدونة ايضا ومن دخل عليه بالظهار او غيره لم يحلف على ترك
الوطء ومثله ان يقول ان لم افعل او ان فعل كذا فانت طالق بمعنى على حنث وان
بطلها فارق وفيه مذهب اجل الايلاء بفعل من حلف على فعل نفسه وحلفه على
فعل غيره مع ان الجميع على حنث لان الحالف على فعل غيره انما اراد التعجيل الا ترى
انه كلام بشخص الحاضر [illegible] عليه فلذلك لم يوقع الايلاء فرقا يرى انه اراد بيمينه
وان كذلك الذي حلف على فعل نفسه فانه لم يعلم عنه التعجيل وان كلاهما ليمين
عنه حج فعلم لما زعمه ابا له في ابن قدر بما تزكى وكيفما قاله الشيخ ابو القاسم
ابن محرز رحمه الله وانما قال في الظاهر اذا دخل عليه الايلاء بسبب امتناعه
من الكفارة وهو قادر عليها فيمنعه تكفيرها للوطء وفي صريح الايلاء بعينه
وكمن الحالف على ترك الوطء اذا وقف زال عنه ابن [illegible] وانما يفسخ مطلوبا

بالكفارة

فكذا لم يمكن من ذلك وكان بمنزلة المظاهر الذي ليس له ان يترك الا صيامه الا بفعل الصيام
مسنون بالتعجيل [illegible]

بالكفارة وأما المظاهر من امرأته إذا وطئها فيرتفع عنه المانع بل ... والله
أعلم قاله في التوضيح

فروق كتاب الظهار

وإنما قالوا إذا قال كل امرأة أتزوجها فهي علي كظهر أمي يلزمه الكفارة وإذا
قال كل امرأة أتزوجها طالق لم يلزمه شيء، وكان له أن يتزوج مع أن جميع
مانع للوطء، لأن الطلاق لا يمكنه الخلاص عن نفسه فلذلك لم يلزمه لأنه
يصادف منع الاستباحة والظهار غير الممنوع منه لأن الطلاق الذي نكاح الأمة لأجله
والظهار يمكنه الخلاص عن نفسه بالكفارة ويحصل بها الاستباحة والله
أعلم وإنما قالوا إذا قال كلهن من أجنبية لم يلزمه إلا بشرط التزويج وإذا
آلى منها لزمه الإيلاء حين تزوجها وكلاهما يمنع الوطء، لأن حقيقة الظهار
تشبيه من يحل وطؤها بمن يحرم وهذا المعنى لا يوجد في الأجنبية لأنها محرمة عليه
فجعل تشبيه محرم بمحرم وذلك غير مانع له الكفارة فلم يلزم وليس كذلك الإيلاء
لأنه يمين على ترك وطء، وهذا المعنى موجود في الأجنبية كوجوده في الزوجة وإنما
حكموا بانقطاع التتابع بالفطر في كفارة القتل والظهار والإتيان ولم
يحكموا بانقطاعه بالسهو لأن السهو يعرض في كل جزء من أجزاء الصوم فيعسر التحرز
منه بخلاف الفطر فإن الفطر معه ضرب من التقصير لأنه لا يعرض في أجزاء الصوم
كثيرا لم يشترطوا بأن النسيان لا يقطع تتابع الصلاة وقد ثبت عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم أنه سلم من ركعتين ثم قام إلى خشبة معروضة في المسجد وتكلم
على غير الصلاة وكان منه مراجعة ثم بنى على ما تقدم ومضى من صلاته بالنظر
الصوم بين تتابع الصلاة وتتابع صيام الكفارة على القول بأن النسيان يقطعه
وإنما قال ابن عبد الحكم إذا قال لامرأته كل امرأة أتزوجها عليك فهي علي
كظهر أمي عليه كفارة واحدة وإذا قال كل امرأة أتزوجها عليك فالمرأة التي
أتزوجها عليك كظهر أمي فكلما تزوج امرأة فعليه كفارة وفي كلام ابن ...
في ... الطلاق والتزويج لأن من قال كل امرأة أتزوجها فرجع ... في الظهار

فهو كما لو قال لنسوته أنتن عليّ كظهر أمي فليس عليه إلا كفارة واحدة لاشتراكهن
فيهن في الظهار وليس كذلك إذا قال فالمرأة التي أتزوجها عليها لأنه أفرد
كل واحدة في الظهار ولم يرد الاشتراك فيكون بمنزلة من قال لأربع نسوة أنتن
عليّ كظهر أمي وأنت كظهر أمي حتى أتى إلى آخرهن فإنه عليه أربع كفارات لأنه أفرد
كل واحدة منهن بالظهار ولم يشرك بينهن وإنما قالوا إذا قال لامرأته أنت
طالق ثلاثا وأنت عليّ كظهر أمي فلا كفارة عليه وإذا قال أنت عليّ كظهر أمي
وأنت طالق ثلاثا عليه الظهار إذا عادت إليه مع أن الجميع كلام واحد مع
طلاق لأن الطلاق لا يقع ولا يتوجه إلا بوجود حقيقته وحقيقته تشبيه
محلل بمحرم ولا يلزم فيما له أجنبية لأن فعلها لا يوجد فيهما وإذا قال له فإنه
طالق ثلاثا ثم ها أنت أجنبية فلا فرق بين كلامه فيهما وبين غيرهما فلم يتوجه
وإذا قال أنت عليّ كظهر أمي بعد وقوع الظهار ومن زوجة فيلزمه ذلك فإذا
حنث بغير طلاق ولم يزل بما ترتب عليه وإنما قال في الكتاب إذا قال لغير
التي قبل بها أنت طالق وأنت عليّ كظهر أمي لا يلزمه كفارة وإذا قال لها أنت
طالق كالطالق لزمه الثلاث لأن الطلاق لما كان من شيء واحد عد كأنه وقع
في كلمة واحدة وليس كذلك الظهار والطلاق فإنه لا يمكن جمعهما في كلمة واحدة قاله
ابن أبي زيد رحمه الله وإنما قال في الكتاب في القائل لزوجته أنت طالق ثلاثا وأنت
عليّ كظهر أمي يلزمه لأن القائل في أجنبية لم يقع عليه بنفس لفظه وإنما كان أمره
مترقبا فإذا حصل فيه النكاح فهو وقع الظهار والطلاق معا بعد النكاح لأنهما
تزوجها عليه في عقد فيلزمه والذي قال لزوجته أنت طالق ثلاثا بنفس هذا اللفظ
وجب تحريمها إلا بعد زوج فصار لفظ الظهار بعد الطلاق واقعا في غير زوجة وإنما
مثال أنه أجنبية أو لو قال لزوجته إن دخلت الدار فأنت طالق ثم قال لها إن
دخلت الدار فأنت عليّ كظهر أمي فبنفس هذا القول لم يتعلق عليه حنث فإذا
دخل الدار فبدخوله الدار وقعا معا الحنث والظهار فيلزماه جميعا تشبيه
مسألة الأجنبية وإنما قال ابن القاسم في الكتابة نعم إن الظهار لا يلزم

علق

فيهما وقال في المجوسي يسلم وتحته مجوسية فكما هو فيهما ثم اسلم بالقرب ان الظهار
يلزمه فيهما مع انه في كلا الموضعين كافر ممن لا يجوز له وكلتاهما حالتا الكفر وفي
المجوسية لم تخرج بعد عن عصمته والذكابية فرق هنا بان اسلامها نفسها وعجزها سبب
ردها الى ملكه واما على قول المذهب انه لا يلزم في المجوسية فلا يحتاج الى شيء من هذا
الفرق وانما قال مالك تصح كنايات الظهار الى الطلاق ولا تصح كنايات الطلاق
الى الظهار مع ان كلا منهما كناية لان الطلاق يفيد معنى لا يفيده الظهار وذلك انه
يقطع العصمة فكانت رتبته اقوى من رتبة الظهار فلم يصح ان تصح كناية الى
الظهار لانه دونه في الرتبة فلا يتم به اذ هو اقوى منه معنى وصح انصراف
كناية الظهار الى الطلاق لانها تصح الى ما هو اعلى قاله ابن بشير وغيره تنبيه
لا يقال هذا المعنى موجود في صريح الظهار ومع ذلك فلا يصرف الى الطلاق
لانا نقول المعنى في الصريح اللفظ واللفظ لا يصح صرفه الى غير ما
وضع له الا على ضرب من المجاز والكناية المعنى فيها وهنا هادوا لفظهما على
المشهور المنصور وانما اوجبوا الكفارة بالعتق في الظهار على من له دار وخادم
لا يفضل عنهما وان كان محتاجا اليهما واباحوا لمن هذه صفته اخذ الزكاة لان
الله تعالى لم يجعل له انتقالا في كفارة الظهار الا بالعجز والمسكنة واما علقه بعدم
الوجدان فقال لمن لم يجد وهذا له وجود حقيقة على من ترك دار وخادم بل على من لا قدرة
على الرقبة بوجه وايضا المطلوب في البابين مختلفة فان المطلوب في كفارة الظهار
الزجر والردع عن الوقوع فيما لا يجوز ومقابلة ما يحصل من الثواب على الصدقة في التكفير
لما عليه من الاثم في المنكر من القول والزور فتقع الموازنة فيحصل التلافي فناسب
ذلك التشديد ولا كذلك الزكاة فان المقصود من اخذها الا رفق وسد الخلة
وصلاح الحال فيقال خذها من اغنيائهم وردها على فقرائهم فناسب ذلك التخفيف
للفقراء والجنوح والرحمة للعباد قاله ابو عمران

فروق كتاب اللعان

واعلم انما اوجب الله سبحانه على قاذف المحصنات المومنات حد الفرية اذا لم يكن

زوجها ولم يوجب ذلك على الزوج اذا اقام ان امراته انما زنت لينفي الولد
منه مع ان الجميع قذف لان رمي الزوج حاجة وضرورة الى دفع معرة ينفي عن نفسه النسب
والحد والحق الشرع منه في نفي الحد عنه والنسب بيمينه اربع مرات على عدد عدد له
رفقا به وانما قال اصبغ اذا شهد الزوج على زوجته بالزنى مع ثلاثة رجال
يرجمها الا ان يدرا عنها كذلك على ذلك انه يرجمها واذا كذب احدهما نفسه قبل تمام
لعانهما جميعا على الزوجية وبتواترنا ان البينة موجبة للرجم ووجه الدعوى
في مسالة اللعان لا يوجبه لانها قادحة على ما قاله التوضيح وانما قبلوا
قول الرجل اذا عاد الى اللعان بعد نكوله ولم يقبلوا قول الزوجة اذا عادت
بعد نكولها على قول سحنون وابن الكاتب وابي عمران لان الزوج مدع على زوجته
ومدعى عليها فاذا نكل الرجل كان مدعيا عنها وايضا فانه لم يتمم امره بل العدل
يقيم البينة واما هي فانها مدعى عليها فاذا نكلت فقد صدقته واتمم امرها
قاله في التوضيح وانما قال بعض المتاخرين اذا نكلت المراة عن اللعان بعد لعان
الزوج ثم ارادت ان ترجع الى اللعان لها ذلك واذا نكل الزوج عن اللعان ثم اراد
ان يرجع اليه لم يكن له ذلك مع ان الجميع رجوع بعد نكول لان نكول المراة عن
اللعان كان فيه اقرار منها على نفسها بالزنى ولها ان ترجع عن اقرارها ونكول الزوج
عن اللعان كان فيه اقرار منه على نفسه بالقذف وليس له ان يرجع عن اقراره وانما
اتفقوا على ان الشهود لا بد لهم من وصف الرؤية في الزنى كالمرود في المكحلة واختلفوا
في الزوج هل يصف الرؤية ام لا لان الزوج به ضرورة الى القذف لنفي ولد ليس منه وليس
كذلك الشهود اذ لا ضرورة بهم اليه وانما قالوا اذا نفى حملا ولم يدع استبراء
للزوج يمكن من اللعان واذا نفى السيد حملا فيه ولم يدع استبراء لم ينتف الولد وكل
منهما قد انتفى من حمل لم يتبين قبله في زمن ولد الحرة يستظهر الى اللعان وهو
شهادة اربع شهادات بخلاف وقوع الاستبراء ولا كذلك ولد السرية في لعان
فيه واذا اكتفي بقول السيد ليس الولد مني فان لم يدع استبراء فلا ينتفي قاله
الشيخ ابو الحسن اللخمي وانما قال اصبغ اذا علم انه يزكيه في مقعد زوجه

كالمرود

كما تقدم في التكملة ولم يذكر في المرأة ذلك لان اخبار الرجل تشبه الشهادة على
المرأة بالزنى فلذلك اعتبر عنده فيها الصفة وان المقصود من المرأة اطلاع على نفي
قول الزوج وذلك حاصل فيهما على نفي الرؤية فأدرك ذلك من باب نفي الاعم ونفيه
يستلزم نفي الاخص ثم اذا ثبت انه زنى انما اثبتت الرؤية بالصفة
وانما اكتفوا بحيضة واحدة في براءة الرحم الحلال عنه ولم يكتفوا بها
في المغتصبة بل رعي ان الولد فيها منسوب للفراش فينبغي ان لا ينفى الا بما غلب
الظن انه للزوج المطلوب بها منها براءة الرحم لينفي النسب وحيضة واحدة فيه
كافية ولا كذلك المغصوبة فانا نعتبر فيها براءة الرحم ومن المستبرأة
فلذلك كان استبراؤها بثلاث حيض وفيه نظر وايضا ان استبراءها ليس بعدة
لبراءة الرحم فاشبه استبراء الامة وانما قال ابن القاسم اذا تصادق
الزوجان على الغصب ان الولد لا ينفى الا بلعان واذا تصادقا على الزنى
فانه ينفى بغير لعان لان الزانية لما كانت معترفة بالزنى اتهمت
عليها التهمة بخلاف التي اقرت بالغصب فانها ان صدقها فلم تتهم
في دفع النسب قاله في النكت قضية قالوا لو زوجت التي اقرت بالزنى
قبل حدها هل ترث مثل المقر بالزنى وصدقها زوجها وانما اختص الرجل
باللعان والمرأة بالغضب لان فاعل عن الشرع المجازاة على الفعل من جنسه فيصدق
لذلك قوله تعالى فاذكروني اذكركم واتقوا الله الآية وقوله ومنهم من عاهد
الله الآية وما ورد في الحديث من قتل نفسه بشيء عذب به يوم القيامة ومن
حلف باللات والعزى فليقل لا اله الا الله ومن قال لصاحبه تعالى اقامرك
فليتصدق وقد ذكر ابن رشد ان الحالف بغير الله يستحق تعظيمه فكفارته
التوحيد والقمار الاخراج فاذا قال في غير وجه فكانت كفارته ان يخرج
ماله في وجه ولما كان الزوج مبعدا الزوجة ولنسبه ناسب ان يذكر اللعن ولما
كانت الزوجة مغضبة لزوجها ولربها ناسب ان تذكر الغضب والله
اعلم وانما قال اصبغ فيمن تزوج امرأة في العدة قبل حيضة فاتت بولد

لانه للاول ان ينفيه بلعان قال التعرض لمن تلتعن ثم وحرمت عليه للابد وان لم
تلاعنه وقال في رجل لاعن ثم اقرت المراة بالزنى لم يقم عليه لان اقرارها بالزنى
على نفسها ابطل حكم اللعان الذي التعنه الزوج وكان ذلك كمثل ما لو تلاعن حتى افترقت
المراة بالزنى او الزوجية فانه وحكم اللعان في مسئلة المختصر لم يكمل لو ثوابتا وبقي
نفي الزوج الولد لا بغير ذلك بهذا معتبر وقال عبد الحق عن بعض شيوخه وانما
منع عبد الملك اللعان في الحمل لجواز انفشاشه ولم يمنع القضاء للمطلقة بنفقة
الحمل اذ الحكم عليهما ورد القضاء للمشتري بالرد اذا اشترى جارية وكتم حملها
مع ان يجوز ان في انفشاش الذي اعتل به موجود فيهما لان اللعان تترتب عليه امور
عظام من فسخ النكاح وتابيد التحريم ووجوب الحد وليس كذلك النفقة والرد بالعيب
قاله في التوضيح وانما قال ابن المواز اذا لاعن ثم قذفها لا يحد ولو حد القاذف
ثم قذفه ثانيا فانه يحد لان التلاعن غير احدهما كاذب لانه يدري من صدق منهما فاذا
قال الزوج ما كنت الا صادقا لم يحد اذ لعله كان صادقا والقاذف انما هو تكذيبا
له فاذا قال كنت صادقا فهو قذف مبتدا فيجب ان يحد ثانية اخرى قاله ابن القاسم
من الكتاب وانما لا ينتفي ولو التعن الا بلعان وينتفي ولو الامة بلا لعان مع ان الفراش
في الجميع موجود لان الحرة اعلى مرتبة من الامة فكان حكمهما خلاف حكم الامة وانما
يلحق ولد المملوكة بالسيد ان يقر بالوطء ويلحق ولد الزوجة بالزوج وان لم يقر بالوطء
مع ان الوطء في كل من الموطوءتين مباح له لان الزوجة تصير بالعقد فراشا في حق ولدها
لثبوته العوائد والامة لا تصير فراشا الا باقرار السيد بالوطء واقتضى عهده الملك فلا
يوجب لها فراشا لان له ان يملك من لا يحل له وطؤها ولا يجوز ان يتزوج من
لا يحل له وطؤها وانما قال في المدونة في النصرانية تلاعن وقال في الصغيرة لا تلاعن
مع انهما جميعا قد حد عليهما ان تكلتا عن اللعان لان الصغيرة غير مكلفة ولا يلزمها
حد ولا عقوبة ان حتى فكانت لا تكون لها اقرارها ولما كانت اذا اقرت به تتعلق
باقرارها ما حكم لذلك تكون لها ولا كذلك النصرانية فانها وان كانت ممن لا يلزمها
حد تكون لها قياما ادبيا وانه يتعلق باقرارها عليها الاحكام فاذا انكلت كانت

كالمغني

كما تُغرَّب بالحرة وتلزمها العقوبة تجيء أنها زوجها المسلم وما أدخلت عليه في براءته
من الناس من نسبه وأيضا النصرانية يلزمها الحد في زناها إذا زنت فكذلك إذا
نكلت وإن لم تُغرَّب لأن يتعلق عليها شيء فإقرارها تتميم قال ابن محرز ومن قال
الحد غلط لأنا لم نلزمها الحكم عندهم في مثل هذا عنه إذا نكلت ولو علمنا أنهم
يحدونها لم يكن لنا أن نكلفها باللعان لأجل أنها إذا نكلت عنه كُذّبت عندنا في دينهم لأن
ذلك يكون منا معونة على أحكامهم وإقامة حدودهم وذلك مما لا يجوز لنا فعله قال
بعض الشيوخ في هذا الذي قاله ابن محرز نظر لأن تكليفهما باللعان خوفا عليهما من عقوبة
الشك فيهما ليس فيه معونة على إقامة حدودهم وإنما فيه التمكين من إقامة حدودهم
بلعانها هـ وأما تمرد التي ترعى أنها غصبت ومن نُعت زوج ولا تعذر فيما
كلهن بما من حمل وفي تمري التي لا زوج لها أنه إن ظهرت به قبل أن نزل بها وبلغت فيه
فضيحة نفسها مع أن كل واحدة منهما ادعت ما أنه من غلامه وهو الكفو أعنيه
في أنه فعال لأن التي تعني زوج لو شاء نفاه فتحققته بزوجها فلا تهمة فلاف
التي عربت فإنها تتهم أنه بقربته هيام ونحوه

فروق كتاب العدة

وأيضا وجبت العدة وإن علمت براءة الرحم ولم تجب الاستبراء إن لم تعلم
براءة الرحم في الاستبراء ومعقول المعنى ما شرع إلا لبراءة الرحم فإذا حصلت فأي
حاجة إلى الاستبراء بخلاف العدة فإن فيها معنى التعبد فإن المرأة المعتدة وإن علمت
براءة رحمها لا بد لها من العدة للمعنى التعبدي الذي فيها وإن كان في الجملة شرعت لبراءة
الرحم وعدم اختلاط الأنساب بحمى من شبه الوجوه كالاستبراء ولكنها لم تخل عن شائبة
التعبد فلذلك افترقا والله أعلم وأيضا قال الفقهاء عدة الوفاة تشبه الربيبة
وعدة الطلاق تعذر الربيبة وكلاهما عدة فإن العدة في الطلاق الأقراء والشهور بدل منه
ولا يصح أن ينتقل إلى البدل إلا مع عدم المبدل منه فلا يفوت البدل من العدة وهو الأقراء
إلا بعد الاستبراء لأن ذلك يعلم أنها من أهل الشهور والعدة في الوفاة من زمن وارد لكن
غير متوقف على شيء يتوقع لأن العدة في الوفاة المعهود فيها الشهور والعدة في الطلاق

المقصود منها ابن بشير. وانما قالوا اذا رجع المخالع ثم طلق قبل ان يمس فانها
تبني على عدتها واذا ارتجع من الطلاق الرجعي ثم طلق قبل ان يمس فانها تستانف العدة
في كلا الموضعين ومن الطلاق قبل الدخول لان المخالع تزوج زوجة مبتدأة وطلق قبل
الدخول فاشبه من تزوج وطلق قبل الدخول فانها تبني على عدتها الاولى وليس الرجع
كذلك لان الرجعة ليست بنكاح مبتدأ بل احكام الزوجية باقية بينهما فلذلك
استانفت العدة. وانما ساوت الامة المتوفى عنها الحرة في وجوب الاحداد ولم
تساوها في مقدار العدة مع ان الكل واجب من الزوج لان الاحداد انما هو للامتناع
من الزينة والطيب ولبس المصبغات ونحوها فهو مشترك بين الحرة والامة وان كانت
الحرة اكمل منها واجيب عن ذلك كذا بان الاحداد لما منع من الطيب استوى في ذلك
الحرة والامة وان كان احداد الحرة اكمل منها والعدة من خواص الحرية فلما ناسبت
الحرية تنصفت العدة. وانما اوجبوا العدة على الصغيرة المطيقة للوطء وان
كان يؤمن عليها الحمل على المشهور خلافا لابن لبابة وابن حبيب وجماعة من العلماء يعني
ولم يوجبوها على امرأة الصغير الذي لا يولد لمثله ولو كان الوطء لان الصبي لا ماء له فهو
فلا يولد له فكيف ونفي الولد عن الصغيرة المطيقة للوطء لا ينهض الا بالقطع فهنا سبب
ابن عتاب. تنبيه قال اللخمي ذكر بعض اهل العلم انه راى جدة بنت احدى وعشرين
سنة وعرف ان ذلك في بلاده لكثرة البيض. وانما قال مالك وابن القاسم وابن
عبد الحكم واصبغ في المريضة تعتد في مرضها ان لم تر الحيض سنة كاملة تسعة اشهر ثم
ثلاثة وفي المرضع اذا لم تر حيضا ولا حملا في زمن الرضاع تتربص بعد الفطام بالحيض
واما سنة بعد المرضع فلا تقدر على ان تزيل ذلك حتى يرجع اليها الحيض بان تستاجر
لولدها من يرضعه وتترك هي الرضاع حتى يرجع اليها دمها والمريضة ليست بتلك
المنزلة اذ ليس في قدرتها ازالة مرضها قاله ابو عمران. وانما قال اشهب عدة المستحاضة
سنة وعدة المرضع والمريضة الحيض واما سنة بعد الفطام والبرء مع ان الاستحاضة
مرض يتوقع له برء فاشبهت المريضة بالسل وانما هو بعد زوال الاستحاضة عنها في
الغالب وليس كذلك البرء في المريضة لان الغالب فيها البرء فلذلك الاستحاضة جعل

غلب من عادة الكراء جيرانه من اهل البلد قاله ابو عمران وانما اجازوا بيع المعتدة
والمرتابة ومنعوا بيع المستاجرة والمعتكفة لان المعتدة والمرتابة كذا فيهما ولم
يمنع له فيهما الا الاستمتاع بخلاف المعتكفة والمستاجرة وانما منع في
المرتابة البيع بشرط زوال الريبة خلافا لسحنون واجاز شراء ابن رشد بشرطه ربما لان
الضرورة ملجئة في كراء ابن زرب قال ذلك ولا كذلك دار سكنى المتوفى عنها وانما
تعتد امراة الامير في دار الامارة ولا تعتد امراة امام الصلاة في دار الامامة لان
سكنى الامام على معنى الاجارة بخلاف الامارة قاله عبد الحق وايضا اجرة
الامام مكروهة ولا كذلك الامارة قاله ابن عتاب وايضا امراة الامير
لها حق في بيت المال بخلاف دار الحبس قاله ابن رشد تنبيه قال ابن زرقون
منزلة ما اذا كانت الدار حبسا على المسجد حبسا مطلقا واما ان حبست على المسجد
بدار الامام اذا مات لا تخرج زوجته حتى تنقضي العدة كما في دار الامارة وانما
قالوا عدة الصغيرة في الوفاة في الموضع الذي كانت فيه عند ابويها قبل الوفاة
وليس لهما ان ينتقلا بها وقالوا ليس للامة المتوفى عنها زوجها ان ينتقل بها لان
العقد في الحرة يتعلق لوليها تكرر وقال ابن زرب من تحولا بها وان يتركا بالموضع حتى تطيق للبناء
وليس للاب ان يخرجها بالمغرب ويشغلها الى المشرق ويطلب الزوج ان يطلبها
هناك عند الدخول فاذا لم يكن ذلك لا يملها مع بقاء العصمة لم يكن له ذلك بعد
الوفاة فلو انتقل ابن بوار الى موضع قريب مما كان يمنعا منه قبل الوفاة لم
يمنعا منه بعد الوفاة قاله اللخمي تنبيه قوله ولو انتقل ابن بوار الى قوله
لم يمنعا منه بعد الوفاة فيه نظر لانه لا يلزم من انتقالهما بها في الحياة انتقالهما
بها بعد الوفاة لحق الله تعالى فملازمة المسكن في العدة وانما رد عمر رضي الله
عنه ومالك في العلماء ان عمرو بن عمرو التربص في زمن العدة فقدم على زمن
الحج وان قلنا انه على الفور فجعلوا حول التربص اكد من فرض الحج لان زمن العدة لمدة
تعلق حق الله فيه مبالغة قاله وحفظ نسبه وهو اخص سبحانه من احكام
الفروق لابن العربي رحمه الله تنبيه وانما لم يفوتا من الحج عند الشيخ في

الحسن اللخمي فالأولى أن يقول إن الحج على الفور يكون عليها أو تعتد بها خرجت إليه
وإن لم تكن أحرمت عن بلدها إذا مات زوجها وكذلك لو لم تكن خرجت لكان عليها أن تخرج
وقد روي عن عائشة رضي الله عنها وابن عباس والحسن البصري وأحمد وإسحاق
للمعتدة أن تحج في عدتها من الوفاة وإنما قال في المدونة في التي تخرج إلى السواحل
والرباط مع زوجها ولا بد أن تنقل الأمتعة الزوج في الكرى أنها ترجع إلى بيتها
تعتد فيه قربت أو بعدت أو قدمت قلت وقال في التي مات زوجها في خروجها إلى الحج
وقد صارت إلى اليومين والثلاثة وما قرب ترجع ولو بعدت كأفريقية من الأندلس أو
المدينة من مصر نفذت لأن الحج فرض عليهما يلزمها وليس الرباط والغزو فرضا عليهن
وهذا لأنه لا يعطين من الغنيمة شيئا وإن حجها تكون عادة فله وجه آخر وأيضا المرأة في
الغزو والرباط تبع للرجل إذ من شأن النساء أنهن يخرجن مع الرجال وأما الحج فالرجال والنساء
فيه متساوون ولا يكون بعضهم تبعا لبعض وإنما يتناول الشارع ذلك قال ابن عمران فتنبيه
قال في التهذيب ونحوه في الكتاب في التي تخرج للحج في عدتها من القرب والبعد فيه
بعضهم أن ذلك في الفرض دون النفل وأن النفل ترجع فيه وإن بعدت كخروجها إلى
الغزو والكلب عن الرباط وإليه نحا أبو بكر بن عبد الرحمن وسوى غيره بين الفرض والنفل
بخلاف الغزو والرباط ومن ذكر ذلك بعد وهب والأول أصعب قلت وهذا ذا
الخبر هو ابن عمران وتأمل عرشه يصح من أول القول وإنما قال في التقييد ليحيى
إذا اكترى الدار سنة ولم ينقد شيئا فإنه لا يسكنها وهو كلام المدونة ونص ما في
كتاب ابن المواز وإذا اشترى دارا بدين فإنما أجوبا الشكنى لأن قال الكتاب للعين ليس
يكالين حيثما من يروح الدار في أثناء المدة فيتعين الكراء فالله يعفر متأخرا تمشيا في
قلت يترتب لأن الثمار من رب الدار وثمار للدار المشتراة يترتب من مشتر بينها
بالتعذر الصيحة إذا خلقت له ولم يتعلق بها للبائع حق لأن المشتري لو مات لكان البائع
أسوة الغرماء وفي شراء المنافع حق بها بعينها فتعلق بها إذا لا تقبض إلا شيئا فشيئا
فهو أحق بها في المذهب على ذكر كثير من مشايخ المذهب وإن كان الشيخ أبو الحسن اللخمي
رحمه الله قال إن المكري لا يكون أحق في المدة بل يتبع بجميع الغرماء وهو أحد قوليه

وان لم يكن عليه عرفا فيبع للمكري ولم يكن له اخذه بما دفع لما ذكرنا عن يمين اللخمي
انما وقع منافع الدار عن فيتهما المبتاع عنه بين والله اعلم تتميمها تنبيه الاول
لما لم يفسخ هذا العقد عند ابن محرز عند العقد في مسئلة الكراء الى مسئلة الشراء ومثله
في رواية ابي مريم وابن وهب وعلي عن مالك اذ قد وجب الكراء في ذمة الميت فاشبه
دارا باعها المشتري العجب من ابن القاسم رحمه الله كيف قال ولا اعلم بينهما
فرقا بين اتباع مالك على جوابه ومنها مع ان هذا العقد فيما بعد قوله ان قبض الاوايل
ليس قبضا للاواخر وانما يتوهم استشكال العقد بينهما على اصل اشهب في ان قبض
الاوائل قبض للاواخر والله سبحانه اعلم الثالث اقام الشيوخ من اشتراط
النقد على هذا من المدونة في هذه المسئلة ان المكتري اذا اكرى الى اجل بعيد بشرط
انتقاد به ثم مات قبل ان يستوفي في السكنى ان الثمن لا يحل عليه بموته وانما يلزم
الورثة الكراء على حسب ما يلزم المكتري خلاف ما يراه الربعون قالوا ولو وجب ان يحل
بموته لم يكن للورثة فيه ان ينقد وعندي يحتمل قلت قد يقال لا يلزم من اشتراط النقد
في الحيازة عدم حلول الزوجية بعقد الحمل بل يلزم حلولهما ويفترق بينهما بان نقض
الزوج في الحيازة كالكالية من الزوج لزوجه فرقت بينهما وموضوع المكري عوض
المنافع في حيازة الزوج المعقد وقبله وبعده بكانه اشترى بها منافع الدار بثمن
ومنه بها وثم العوض بيده بعقد المكري في حصته وقبله حيازته فلا ان الثمن ينقد حتى
مات فانما كالكالية لم تقبض وان قلنا ان الزوجية تحل بموته يفرق بينهما بدون به تزويج
ابنه فافهمه ولو كان الخلاف في المسئلة منصوصا خارج الكتاب اذ لها اجوبة ابن رشد وانظر
شراء ابي عمران نراه مع النقد على هذا العقد اولا وقد جعله تفسيرا وانما
اكتفى بقرء واحد في الاستبراء ولم يكتف بشهر واحد في من لا تحيض بل لا بد من ثلاثة
اشهر مع ان الثلاثة اشهر انما جعلت مكان ثلاثة قروء لان القرء الواحد الدال عادة على
براءة الرحم فان الحيض لا يجتمع مع الحمل غالبا والشهر الواحد وان كان عوض قرء واحد لاكنه
لا تحصل براءة الرحم به انما تحصل بثلاثة اشهر ولذلك اعتبرت ثلاثة اشهر في ابن استبراء
ومن واحد فيه ايضا والقرء الشهر الواحد فيمن لا تحيض اولا دلالة له على البراءة وانما

يجوز للسيد أن يزوج أمته التي لم يطأها بغير استبراء وللزوج أن يطأها بغير استبراء
وليس للمشتري أن يطأ الموقوفة التي لم يطأها سيدها حتى يستبرئها لأن النكاح أوسع
من الملك فتصرفوا في باب النكاح ولا تصرفوا في باب الملك ولا يتصرفوا فيهما لتعلق حق المشتري
بالثمار والعقد على البائع ولقوله عليه الصلاة والسلام يوم سبي أوطاس
ألا توطأ حامل حتى تضع وكذا من أراد عتق أمته ما كانت حتى نعلم ذلك حقيقة بدليل
إما بشهادة النساء أو غير ذلك وأما في النكاح والله تعالى أعلم فمحمل على ذلك

فروق كتاب الرضاع والنفقات والحضانة

وإنما قال ابن بكير فيمن تزوج رضيعتين أو أكثر فأرضعتهن امرأة أن يختار واحدة منهن
وتقع الفرقة بينه وبينهن ومن عقد على أختين في عقد يثبت نكاح الأولى ويفسخ نكاح
الأخرى لأن اجتماع الرضيعتين أو الرضيعات في حكم الرضاع ولو تفرق رضاع امرأة
في الوجود كان في حكم عقد عليهن عقدا واحدا بناء على أن الدوام كالإنشاء وإنما
قال مالك في من أتى الرضيعتين يختار منهما واحدة ولو كانت الأخيرة وإذا عقد على
أختين في عقد واحد يفسخ نكاحهما لأن العقد في الأختين وقع فاسدا وفي الرضيعتين
وقع صحيحا وهو بناء على أن الدوام ليس كالإنشاء والله أعلم وإنما وجب الفراق
بقول الأب رضعت فلانة ابنتي ولا يجب بقول الأم على مذهب ابن القاسم فيهما لأن
الأب لما كان إليه عقد النكاح كان مقرا أن عقد النكاح الذي بيده فاسد لا يجوز إقراره
وليس كذلك الأم إذ ليس لها ذلك وكذلك القول في الوصي لأن عقد النكاح
إليه فهو كالأب قاله عبد الحق وإنما تجوز شهادة المرأتين في الرضاع مع فشو
القول ولا تجوز مع عدمه لأن المرأتين إذا لم يذكروا ذلك في عدم انتشاره المؤدي
بعد كثرته مع قول الله تعالى في بعض الشهود فكتما شهادة ذلك بخلاف حقوق الآدميين
التي لا يطلع عليها إلا عند أدائها للمشهود القائم بشهادتهم فإنه لا يجوز أن
يكتموها عنده عند سؤاله أداء الشهادة وأيضا سكوتهم على خلاف عادتهم
لأن الغالب من حال من ذكر ذلك فلو صدقوا لم يكتموا ذلك قاله الشيخ أبو القاسم بن
الكاتب رحمه الله وإنما اشترط ابن القاسم في المدونة في نشر الحرمة باللبن الوصول

الى الجوف من الحقنة ان يكون غذاء له لو لم يطعم ولم يسق لم يبنه كذلك في الصيام
لان المراعى في الرضاع ما ينبت اللحم وينشز العظم ولا كذلك في ابطال الصيام فانه
لا يشترط فيه ذلك بل ما يصل الى محل الطعام والشراب خاصة بافتقار الى ذلك نقله
في التوضيح وانما تجب نفقة الزوجة مطلقا غنية كانت او فقيرة على زوجها
ولا تجب نفقة الولد والوالدين مع الغنى لان نفقة الولد والوالدين من باب المواساة
ونفقة الزوجة من باب المعاوضة وانما قال في المدونة اذا خالع حاملا فلزمته
النفقة ثم مات انما تنقطع عنها بموته بخلاف السكنى فانه لا ينقطع بموته لان
النفقة هي للحمل عليه وبعد موت الاب صار الحمل وارثا فلم تجب له نفقة في مال الميت
بخلاف السكنى فانه حق تعلق بذمة المطلق لمطلقته فلا يسقطه الموت كسائر الديون
قاله القرويون وانما اوجب ابن القاسم في المدونة للناشز النفقة ولم يوجب
للمعتدة من طلاق بائن الكراء اذا غلبت زوجها وخرجت من منزلها في العدة الى غيره لان السكنى
متعينة لها في مسكن المطلق لا في ذمته فليس لها ان توجب في ذمته ما لم يكن واجبا عليه قاله
ابن رشد تنبيه قال ابن عرفة ومقتضى نقل عياض عن ابي عمران العروبي ان بقاء المعتدة
في المنزل حق لله وبقاؤها مع الزوج حق له قال وقال نحوه ابن عبد الرحمن خلاف ما في
التعليل قال بعض ان السكنى حق لها وانما قالوا في الزوجة تنفق على زوجها او اجنبي لا
ترجع بالسرف من طعام وغيره بل تفاوت اختلفوا في مسئلة مشتري الدار على ان ينفق على
البائع حياته هل يرجع المشتري اذا فسخ البيع بالسرف اولا لان العطية في مسئلة الشراء
يرجع بها على ما هو له فهل في الهبة لاجل البيع او من اجل الالتزام ولا كذلك نفقتها
على زوجها او اجنبي قاله ابن محرز وغيره تنبيه قال ابن راشد وابن عبد السلام انما
يتم هذا حيث تقول المراة قصدت الرجوع بما انفقت ويقول زوجها والاجنبي انما
كانت هبة ولم يقبل ذلك منهما بغير بينة واما ان اتفقا على السرف والنفقة
عليه ان النفقة على الرجوع فلا يتعقب ذلك الفرق وتعقبه ابن عرفة بوضوح المكايسة
في البيع وعدمه في مسئلة اتفاق المتفقين على الرجوع كالفرق بين صريح البيع وهبة الثواب
وانما اوجب في المدونة الرجوع للزوجة على زوجها فيما انفقت عليه موسرا كان او

معسرا إذ ابن يونس إنما جعل العلة أو الضيافة ولم يوجب لهما الثواب إلا أن يعلم
أنهما أرادا الثواب لا كونه قياما منهما بنفقته فيما هو ضروري أو حاجي والقيام بالنفقة
فيلزم بأنه عليهما فما شبهه السرف في ابن نقل وقاله ابن عرفة وإنما اشتكوا
نفقة القرابة بزوال الزمانة لأنه إن فرضها القاضي ولم يشترطوا نفقة الزوجية
فرضها القاضي أو لم يفرضها لأن نفقة الزوجية ثبتت في الذمة ونفقة القرابة
لم تثبت في الذمة وإنما هي متعلقة بالمال بعد الحكم قاله بعض الأشياخ وإنما
وأبو الشيخ ابن أبي الحسن القابسي أبا محمد بن أبي زيد في الكلام على الحكم بالنفقة إذا كان
حاضرا أو حاضرا لغيبة إذا كان غائبا لأن الحاكم فرأيتنا هل الحاكم حجته والغائب عسى
أن يكون له حجة. تنبيه: قول الشيخ أبي محمد هو رواية عن ابن القاسم وبها الفقهاء
وعليها العمل والفتوى وبالتأخير اليوم ضرورة إلى ذلك وإنما قال في العتبية المعتد
والموت إذا رضيتا بالتأخير بعد ابن جلاب الأجرة أجرة لهما أن يكلفا عند ابن جلاب الثلاثة
ولا يستأنف لهما ضرب أجل آخر ثانية بالزوج ليكلف عليه بعدم النفقة فقالت امرأته لا
تكلفني عسى الله أن يرزقه ثم مكثت أياما ثم طلبت كلامه ليس لها ذلك وتتلوم له
ثانية لأن أجل المعسر هو إلى الحكم متبعة لا مدخل للاجتهاد فيه فإذا حكم الحاكم
بها فيما لم ينقض حكمه الماضي بتأخيرهما فلا وجب لهما والتلوم للعاجز بالنفقة
إنما هو بالاجتهاد فإذا رضيت بالمقام معه بعد تلومه له بطل ذلك التلوم ووجب
أن تتكلم عليه أن يتلوم آخر قاله ابن رشد وإنما قال في الكتاب تضرب الزوجة
بما أنفقت على نفسها مع الغرماء ولا تضرب بما أنفقت على ولدها لأن ما أنفقته
على نفسها واجب على زوجها سواء قضى به أم لا وأطلق نفقتها على ولدها فإنه
من باب المواساة لا تلزمه إلا في يسره وقضاء القاضي بها. تنبيه: قال ابن يونس
رحمه الله وعلى هذا قول أشهب الذي جعل نفقة الولد كنفقة الزوجة سواء تضرب
الزوجة بما أنفقت على نفسها وعلى ولدها وإنما قال مالك ليس على الأب أن
ينفق على زوجة ولده وعلى الولد أن ينفق على زوجة أبيه لأن نفقة الابن تسقط
بالبلوغ وإن مرض كونه بلغ زمنا والزمانة مكنته عدم الحاجة للزوجة قاله ابن

عرفة وانظر ما قالوا إذا طلق الرجل زوجته ثم أنفقت من ماله قبل علمها بالطلاق
لا تتبع بما أنفقت ولو أنفقت بعد موته ولم تعلم بأنها تتبع وفي كلام الموضح فيمن أنفقت
بعد زوال العصمة لأن في الطلاق التفريط فمنسوب إلى الزوج فلذلك لم تتبع بما أنفقت
في ما أنفقت على مال زوجها بشبهة الإذن وليس كذلك في الموت لأنه جبر قهري
وأيضا النفقة بعد الموت من مال الوارث والزوجة لا تستحق نفقة على الورثة ولم
يتقدم منهم إذن فقد كانت متعدية بما أنفقت فلزمها الضمان والمال لا يستحق [illegible]
عمدها في التعدي على مال الغير يستوي فيه الجهل والعمد وانظر ما قال ابن القاسم
إذا أنفق الوصي التركة ثم طرأ دين على الميت ولم يعلم به الوصي أنه لا شيء على الوصي في
على الصبي إن أيسر بدفعها وقالوا في المفقود ينفق على صبيه من مال أبيه ثم ثبت أن الأب قد مات
قبل ذلك أن لسائر الورثة الرجوع عليه لأن الورثة يستحقون لغيرهم المال الموروث
بدلالة أن لو هلك لكان نه منهم جميعا وأن الغرماء لو تلف ذلك المال لم يضمنوه
وكان منهم باقيا في ذمة الميت حتى لو كان له على فلان [illegible] في دين قاله عبد
الحق وابن محرز تنبيها وأصح قول رد الإمام أبو عبد الله بن عرفة رحمه الله هذا الفرق
بأن حق الغرماء أقوى ومنها سقط وعدمه سقط مع الأقوى وله لزومية الشك فقد إن كان
على المفقود دين للغائب فقال سحنون ومعنى مسألة المفقود أن للوارث [illegible]
تنافر فلتث والحاصل فالله لأنه إذا أوجب للمساوي وهو الوارث اتباع ذمة
مساوية في مسألة المفقود فأحرى وأحرى أن يجب للمقدم وهو الغريم اتباع كذا
وهو تأمله وهو الوارث فتأمله وتعقب بقول قول سحنون لأنه لو كانت ثم أموال
ينفق عليهم من مال أبيهم اقتضى أن يتبعوا بما أكلوه ريثما يتبين ثم وانظر ما قالوا فيمن أنفق
على صبي يتيم له مال علم به المنفق أنه يرجع عليه إن تلف ذلك المال فلا شيء
له في ذلك المال واستفاد غيره لم يكن له فيه شيء واختلفوا فيمن أنفق سلفا
على من له مال بموضع كذا فهلك ذلك المال فقال ابن عبد الرؤوف وابن دحون وابن
الشقاق يأخذ من ذمته وقال القاضي أبو الحكم عبد الرحمن بن أحمد بن بشير لا يتبع به
في ذمته لأن الصبي لا تعمر ذمته بالدين لعدم وجود المزية له بخلاف البالغ الرشيد

فيما قبله وإنما قالوا القول قول الزوج في دفع نفقة الزوجة ولم يجعلوا القول
قوله في دفع دينها اليها لأن العادة الغالبة مؤيدة للمنكر بصدق الزوج بخلاف
الدين استصحاب في الديون وبأنه لا يقال وفرق أيضا لا يقضى على الغائب ببيع أصوله
لنفقة أبويه ويقضى ببيعها لنفقة زوجته لأن نفقة الأبوين قد كانت ساقطة
عنه فلا تجب عليه بما حتى يطلبانه فإذا غاب عنهما لم يجب أن يحكم لهما
عليه في غيبته ولا تباع عليه فيهما أصوله لاحتمال أن يكون في ذلك الوقت
قد مات أو قد استغنيا بغنى فيهما ويكون أحق بماله من نفقتهما فلا يلزمه نفقتهما من
ثبوت حياته وعدمه دين يغترق ماله بخلاف الزوجة فإنها واجبة حتى يعلم
سقوطها بمعرفة موته أو امتنع أو فقره بالدين وهو من باب استصحاب الحال
وهو أصل من أصول تنبني عليه كثير من الأحكام من ذلك من كان شاكا في الفجر أو
شاكا في الغروب والفجر يبنى على اليقين بالوضوء وشك في الحدث ويبنى على اليقين
بالحدث وشك في الوضوء بحدث فالأصل في كذا تنبيه ما وقع في سنور
المدونة وسماع أصبغ من العتبية من بيع مال الغائب في نفقة أبويه محمول على
غير الأصول استحسانا على غير قياس لأن القياس على ما ذكروا أن ينفق
عليه في غيبته بشيء من ماله إذ لا يدرى أن يكون قد مات أو استغنيا بالديون
فما يتواهب له من نفقة أبويه ولعدم العلة قالوا لا توخذ الزكاة من مال الغائب
وإنما قال سحنون إذا كان للزوج الغائب ودائع لا تفرض فيها النفقة للزوجة
ولا يقضى منها دينه بخلاف البضاعة إنما تكون للتنمية فكانت أدل دليل على
ملكه ولما كانت الوديعة تحت الحفظ لم تدل على الملك تنبيه قال أبو
عمران قول سحنون في الوديعة أقيس من قول المدونة لأنه لو حضر وأنكرها لم
يكن لغرمائه البينة سبيل إذ لا يحكم على قبول البينة لقضاء دينه وإنما وجب
على الأم الرضاع إذا كانت في العصمة ولا تجب عليها النفقة بالتغرير لأن الليس
يستحق الأمر به لأنها كالمشروط ذلك بحكم العادة وليس عليها في إرضاع ابنها
كبير كلفة والنفقة إخراج مال من يدها تنبيه قال ابن عبد السلام رأيتها في بعض

نفقة

قد

لأنها



كلام ابن العربي عن ابن المواز انه يقول نفقة الولد على ابويه على قدر
الميراث قال ابن العربي لعله اراد انها على الام عند عدم الاب قلت
الاصح نسبة هذا القول لابن المواز فقط وبدل ابن العربي بعيد منه لانه اذا
كان الاب معدما او مفقودا فكيف يمكن ان يؤدي من النفقة شيئا فضلا عن
التثليث الذي هو نصيبه من الميراث هـ ابن عرفة المعروف لا نفقة على الام
لولدها الفقير اليتيم الفقير ولابن العربي في اخر سورة البقرة نفقة الولد على
الوالد دون الام خلافا لابن المواز انها على الابوين على قدر الميراث ولعله انه
اراد انها على الام عند عدم الاب قلت لا اعلم من ذكره عن غيره على قدر الميراث
وتاويله بحال عسر الاب نحو قول التونسي في كتاب الصيام وقع في المدونة ان
الاب ان كان فقيرا ولابن الام ان عليها ان تستاجر له وليس بين لاتفاقنا على ان
نفقته لا تلزمها في عسر الاب فلذا لم يذكرها لعله لم يتعلق عليه يدفعها لما لم
تلزمها نفقته وانما قالوا فيمن انفق على لقيط ثم ظهر ان له ابا انه يرجع على
ابيه اذا تعمد طرحه واذا كان ضالا قال لا يرجع بما انفق كذا ان كان امس
الاب موسرا حال مشغل النفقة على الملتقط بناء ان يجعل عن الشعور
بكل واحد منهما مشتركا للرجوع او لا وكونهم يقولون في كمون الاب مرجعه المنفق
ان يقول انما اديت ما كنت انه يجب على والد امره واجب على غيره لا يخلص
اذ مرجعه الاب جاز يقول انما انفقت واديت ما كنت انه يجب علي او لا اذا
ثبت له مال فلا ابن الاب لما تعمد طرحه ولو بان امر نفقته وجب ان يعامل
بنقيض قصده الفاسد فيرجع المنفق عليه بالنفقة وفيه نظر لان الحمل بسبب
عقوبته ان يوخذ المال منه فينتفع به ادبا له ولا يرجع الى المنفق لدخوله على
انه متبرع ولا الى الصبي لانه يسقط به نفقته عنه لحصول البسم له بذلك
المقدار ان كان غير بالغ واحتمال الموت ووقف الاب فيعود النفع اليه به ان كان
بالغا والله اعلم وانما يقضى للعبد على سيده ان قصر عما يجب له عليه
بالمعروف في مطعمه وملبسه فان ... فلا بد له من ايهما ثم فانه يومر بتقوى الله

في ترك اجارتها ولا يقضى عليه بفعلها لان العبد فكذلك تجب عليه النفقة
من اجارة ابنه وغيرها فكما يقضى عليه بفعله والدابة كما لا يقضى لها فالدابة
رشد تنبيه قال ابن عرفة رحمه الله تعذر شكوى الدابة يوجب احروية النفقة
لها وانما لا يفرق بين الام وولدها في البيع وان رضيت بذلك واسلمته ولا يجوز
حتى يثغر ويجوز للمطلقة ان تسلم ولدها مع ان الحق في الحضانة لكل واحد منهما
في ان الام الحرة المطلقة تسلمه من حضانة الى حضانة الجدة او خالة او غيرهما
وفي الامة المملوكة تسلمه الى غيرها من غير العذر تنبيه ابطل الشيخ ابو محمد
بن ابي زيد رحمه الله هذا الفرق بما قال في كتاب محمد اذا كان للصبي جدة حرة
للام والصبي حر او مملوك وطلبت جدته اخذه فليس لها ذلك ولا للام ان
رضيت بذلك اذا كانت مملوكة قال فانظر انما جعل العلة ملك الام وان
كان الولد يرجع الى حضانته وانما يفرق بين الام وولدها في البيع بالاثغار
ولا يفرق بين المرأة المطلقة وولدها الا بالاحتلام في الذكر ونكاح الانثى ق
التفريق في البيع له حد في حضانة الولد له فيهما غرض فاذا وصل الحد الذي يراد فيه
للحضانة فرق بينهما لاجل ضرورته والحد الذي ينتفع به في الحضانة اقله سبع سنين
وفيها يكون الاثغار ولا كذلك الولد فانه لا ينتفع به ابوه غالبا ولا من عليه
الا بالبشر ويدنيه الابن اذا وجبت له عليه نفقة وليس هو كالعبد فالذي في النفقة
وانما تسقط حضانة المرأة بالزواج ولا تسقط حضانة الابن مع الافتراق
مع ان غالب الابن فيه انه مغمور بامتهان صبرها من اهل المذهب وان تكون
المرأة اذا تزوجت حمل شغل الزوج وجهة النكاح وغير ذلك منعها بعض العلماء والشغل
له ولولده فشهدوا للولد اذا تزوجت بهذا المعنى ولغيره والامة ان كانت مشغولة
بمعنى وهذا انما الا انهم لا يغضون ولدها كما يغضه الزوج لا سيما ان كان فيهم
انما للكبير فبان ذلك ونم الدين بعضوع قاله ابن عبد السلام تنبيه قال
ابن عرفة رحمه الله تعالى تعقب ابن عبد السلام بان حال الزوج وكونه لبغضه
ربيبه المحضون يحصل له بتسريها تسريها وانما تسقط حضانة الذكر ويقضه

بالبلوغ

بالبلوغ ولا يسقطها في الانثى بالبلوغ بل بالدخول بها او بالدعاء الى البناء لان
الغالب على الانثى العجز عن التكسب اذا كانت بكرا ولو كانت بالغا فجعلناها
بمنزلة صغيرة وعجزها عن التكسب للناس فتستصحب حكم الاب في نفقته عليها الى ان تجب
على الزوج وانما تجب عليه بالدخول او بالدعاء الى البناء

فروق كتاب العتق

وانما عتق على الاب في بكر ابنه منه بعتقها ولم تعتق الامة منه بعتق عليه فيكلفها لان المرأة
في بيعها ان تحمل من المملوك فلاجل ذلك عتق عليه فيكلفها بعتقها والابن فيه بيعها ان تحمل
بعد وايضا الحمل كعيوب مراقبة فيكون تلفها في التجربة لا منه وليس للام بعضها
منه فلا تكون تلفها له في التجربة وانما قالوا اذا عتق العبد تبعه ماله الا
ان يستثنيه السيد واذا بيع لم يتبعه ماله الا ان يشترطه المبتاع مع ان
الجميع انتقال ملك لان البيع انتقال ملك فلا بد فيه من تعيين المالك والمبيع كذلك
العتق لانه انتقال ملك الى … ملك فلم يفتقر الى تعيين المالك وانما قال مالك
يجوز للسفيه ان يوصي بالعتق ولا يجوز ان يعتق بتلا والكل عتق لان السفيه انما حجر
عليه لئلا يضيع ماله ويبقى فقيرا لا مال له وما خشي منه موجود في تنجيز العتق
ولا يوجد في الوصية بالعتق وانما قالوا اذا اعتقت المرأة ذات الزوج عبدا يساوي
اكثر من ثلثها فانما فللزوج ان يرد الجميع واذا اوصى الميت باكثر من الثلث فليس للورثة
ان يردوا الا ما زاد على ثلثه وكلاهما له النظر في ماله لان المرأة قادرة على حفظها
بانشاء عتقها الثلث فقط بعد فلذلك جعل للزوج ان يرد الجميع تاديبا لها وردعا لها
عن ان تفرغ ما فوق الثلث فيما بعد ولا كذلك الميت لانه لو رد جميع وصيته لا يكلفنا
جميع غرامته وانما قال واذا اشترى بعض من يعتق عليه عتق عليه كله ان كان موسرا
واذا ورث بعضه لم يكمل عليه عتقه لان في الشراء اختار دخوله في ملكه فيلزمه التكميل
فانه بمنزلة من اعتق نصف عبد بينه وبين شريكه وهو موسر بخلاف الميراث فانه لم
يختر ذلك فيه وانما قال ابن القاسم فيمن ملك عبدا كان العتق يوجب اليه فيقال قد
اعتقت نفسي انه لا يكون عتقا الا اذا نوى وان لم ينو فليس ذلك بعتق قال في

الزوجة اذا قالت اخترت نفسي يكون ذلك كالثلاث وان لم تكن لها نية لان الزوجة
انما ملكها في ان تقيم او تفارق والفراق لا يكون الا بالثلاث واذا قالت اخترت
نفسي علمنا انها ارادت الثلاث واما العبد فيمكن ان يكون اختار نفسه للبيع لانه
يحاول ان يفارق سيده ويخرج من يده بانواع شتى كالبيع والهبة والصدقة ولا يكون
قوله اخترت نفسي عتقا حتى يريده واما الزوجة فلا تخرج من عصمته الا بالطلاق
وايضا العبد انما ملكه السيد عتقه صراحا فاذا اجاب بغير صريح العتق فلا يكون عتقا
حتى يريده ولو اجاب بصريح العتق مثل ان يقول قبلت عتقي او اعتقت نفسي او اخترت العتق
كان في الكل لهما انه قبل ما جعل له ويكون حينئذ عتقا كالمخيرة التي اجابت بما جعل لها
فلما عدل العبد عن ان يجيب بصريح العتق واتى بلفظ محتمل كان كالمخيرة تقول قبلت امري
انها تسأل ما ارادت تنبيه قال ابن يونس وهذا كله استحسان لان ترى المخيرة اذا
قالت قبلت نفسي انها تطلق وان اجابت بغير ما جعل لها وانما فرق بينهما لان مذهب
ابن القاسم الفرق في تخيير النساء فقيس العتق عليها فكان اضعف رتبة فافترقا (كذا) فيه
النظر والله اعلم ومع ذلك فهذا الشيخ ا واحوط للعتق به اقول وانما لم
يختلف اذا قال كلامك او شعرك عتيق انه لا يعتق واختلف اذا قاله للزوجة هل يلزمه
الطلاق لان العتق انما يتعلق بالجسم وما به تصح مفارقته والتحريم يتعلق بتحريم ما
يتلذذ به منها جملة من غير تفصيل قاله اللخمي تنبيه لما نقل هذا الفرع عن القاضي
ابي الوليد بن رشد رحمه الله قال في المقدمات ان قال كلامك حر او شعرك حر وما اشبه
ذلك مما يبين منه وينفصل عنه جرى ذلك على الاختلاف في الطلاق فيلزمه العتق على
مذهب اصبغ ولا يلزمه على مذهب سحنون وانما قال ابن القاسم فيمن اعتق عبده وعليه
دين يغترقه ولم يعلم الغرماء وللعبد وزنه اموال فاتت بعضهم بعد عتقه انه لا يرد لانهم
لانه غير حتى يعلم الغرماء بالعتق فيمنعونه ويرد التدبير فلا وقال فيمن اشترى عبدا
فاعتقه ثم استحقه رجل فاجاز البيع ان العتق ينفذ وينتقض كل ما كان للعبد
من شهادات تقدمت وما يشبه ذلك ما اشبه به الان حرا رق عتق الحر ان عتق هذا يفعله فيه كالذي
يعلق لمشتريه بعقد بغير اذن لانه اذا اعتق ملكه في كما من الامر فاذا اجاز المشتري

البيع نعم ما تقدم من شهادة او ميراث ولو كان المشتري يعلم ان العبد لغير البائع ثم
وتعدى في شرائه واعتقه لوجب ان يكون مثل مسألة الغرماء يجوز العتق ولا يجوز
للعبد ميراث ولا شهادة لان اجاز المستحق البيع الا ان العتق وقع على ملك من العداء قاله
عبد الحق وانما يرد الحر في القيمة او في العرض على ان رجلا بعث بيته في شيء منهما
على حنث فات ولم يدر ان كل واحد منهما نحو جزء من الثلث لان الرجل يجد قيمته لما كان
قادرا على اشغال الغير في ان يكمله مثلا ويفعل فاعلا ليفعله كان افعل بخلاف
المدبر وانما قال الحر فيمن حلف بكلا واحد من نسائه بعتق ولم تكن له نية يكلف
كلهن في العتق يختار لان العتق يتبعض والطلاق لا يتبعض وايضا العتق يجمع بالسهم
ولا يكون جميع ذلك في الطلاق قاله غير واحد وايضا الطلاق مثل النكاح والعتق
مثل الملك فكما يجوز في الملك الخيار يجوز في العتق الخيار وكما لا يجوز الخيار في النكاح
كذلك لا يجوز في الطلاق ولانه يجوز ان يشتري امة من جماعة يختار منها فيجوز ذلك في
فيه الخيار ومنع الطلاق قاله عبد الحق في التكميل وقاله ابن رشد مثله فتبصره قال
ابن رشد الغيا ان العتق كالطلاق ونحو فيه ملك استحسانا وانما قال في المدونة
فيمن وطئ اخته بالملك عامدا عارفا بالتحريم يحد واذا وطئ بالملك بنته من الرضاعة
عارفه من لا يعتق عليه لم يحد لان من يعتق عليه بالنسب مثل احرار بنفس الشراء
فلا شبهة ملك له فيه بخلاف من لا يعتق عليه قاله ابن يونس وانما قال ابن
القاسم فيمن قال لامته يطؤها اذا حملت فانت حرة انه يطأها في كل مرة واذا قال
لزوجته انت طالق اذا حملت اذ او طئها مرة تطلق عليه لان العبد له ان يستمتع بهما الى
الوطء فلا شك في غرضه بالحمل كالطلاق عليه والامة متعة له بهما على الوطء وزيادة
وهي الخدمة وارش الجناية ولها اشتراء قاله مالك وغيره فلذلك قال يطؤها في كل طهر
مرة قاله الشيخ ابو الحسن الصغير وانما قال في المدونة اذا كان عبد كافر بين مسلم
وذمي فباع المسلم حصته من مسلم او ذمي فلشريكه الذمي الشفعة كما لو مسلما مع ان المتقاضيين
فيما بين الذميين اذا باع المسلم حصته من ذمي يحكم بينهما بحكم الاسلام لما تعلق بهما
مسلم ولم يحكم في مسألة العتق بين العبد وسيده الكافر بحكم الاسلام وان تعلق بهما مسلم

كذا

كذا

لان العتق من باب القرب التي يتعرف فيه بينهما والشفعة من باب الاستغلال ووجوه
كطلب المال يحكم بينهما. بحكم ابن سلمون نكرا لمن خرج من بيع الشقص وايضا الغرض
توجه في الشفعة على البائع قبل ان يبيع. فلذلك حكم للزوج بالشفعة على الزوجة
تنبيه اذا علل في الشفعة بتوجه الغرض قبل البيع وقلنا في العتق رضا المسلم
بترك التقويم على الكافر اتبعت العلة وجه بينهما بجملة وانما قال في المدونة عن
غير ابن القاسم اذا رضي الشريك بالتقويم على شريكه واتباع ذمته اذا اعتق وهو معسر
ان يكون من ذلك وقال في الشريك يكاتبا امة مشتركة بينهما ومن شريكه انه يقوم حصته
عليه اذا كان معسرا ويتبعه بقيمتها ان شاء لان الشريك الواطئ وكيف حصته
وحصة شريكه وفي العتق انما اعتق حصته فقط وانما قال في المدونة اذا اعتق
احد الشريكين حصته من عبد وهو موسر ثم باع الاخر نصيبه ان البيع ينقض واذا قال
اجنبي لابن والاجنبي اباك في صفقة جاز البيع وعتق عليك وضمنت للاجنبي قيمة نصيبه
مع ان المشتري قد دخل في المسالتين على ان يدفع ثمنا وياخذ قيمة مجهولة وذلك غرر وذلك
ان الذي قد وجب التقويم في العبد فيهما قبل بيع الشريك ثم دخل المشتري فيها على فساد
ان يودي ثمنا على ان ياخذ قيمة مجهولة ومسالة المشتري هو والاجنبي اباه لم يجب التقويم
قبل الشراء ولا يثبت في ذلك عتق الا بحصول الشراء قاله عبد الحق عن بعض الشيوخ وايضا
يحتمل ان يكون معنى المسالة الثانية ان المشتري مع الولد لم يعلم انه ابوه وانما
انكشف له ذلك بعد عقد البيع فلم يدخل على فساد قاله عبد الحق وهذا الذي في رواية
عبد الحق انما ينبني على القول بان علم احد المتبايعين بالفساد لا يوجب فساده تنبيه
لما لم يعرف شيئا من مدرك الفروق في نكت سحنون عن مسالة اذا اشترى هو والاجنبي اباه
وقال كيف يجوز هذا الشراء والاجنبي لا يدري ما اشترى انصف الاب او نصف قيمته
التي يرجع بها على ابنه وانما قال في المدونة في العبد يشتري نفسه من سيده
شراء فاسدا ان عتقه ماض ولا يتبعه السيد بقيمته ولا بغير ما بخلاف شراء غيره
له لان العبد اذا اشترى نفسه شراء فاسدا بعد افتراقهما والسيد ذلك في غيره وانما
قال في المدونة من اعتق عبده وللعبد على السيد دين له ان يرجع به على سيده ان كان

بسلنبيه

يستثنيه السيد او يشترطه فماله بجملته وقال من اخذ من عبده شيئا لبر منه
في دين عليه مثلا ثم اعتق العبد لم يرجع العبد على السيد بما اخذه منه وبعد اشترائها
والجميع دين قبل العتق كان المأخوذ للدين لما كان من عوارض الرهن بعينه في المرهون
به هذا ذلك كالتصريح بانه ثم نزاع بخلاف مسألة الدين قاله ابن عرفة

فروق كتاب المدبر

وانما قال مالك تجوز اجارة المدبر ولا تجوز اجارة ام الولد مع ان كل واحد منهما
ممنوع من بيعه موقوف نفوذ عتقه على الموت لان عتق ام الولد اقوى والتدبير اخفض
رتبة منه الا ترى ان الكل متوجه اليه دون ام الولد وايضا عتق ام الولد
متفق عليه في الجملة وانما هي بمنزلة المتعة فقط انما بقي عتقها بالموت وانما قالوا اذا
باع المدبر فلا عتقه المشتري ان البيع ينعقد واذا ابطل ام الولد وكان المشتري قد اعتقها
فسخ البيع ورد الولاء وكلاهما ممنوع من بيعه لان ام الولد اكبر حرمة وقد وجد حرمة
ولا كذلك المدبر بضعف حرمته تنبيهها انظر لو كانت مدبرة حاملا هل المشتري
هل يدخل الخلاف في فسخ البيع فيهما كالعتق او اشد من العتق في الامضاء ويكون الحمل
كموتهما وانما قالوا تجوز اجارة المدبر الى ما قرب كالسنة ونحوها ولا تجوز الى الكثير
ويجوز ذلك في العبد المعتق الى عشر سنين لان المدبر يعتق او يعتق بموت سيده ولا كذلك
العبد فانه وان طالت سيرة تبقى الخدمة وانما كان للموهوب الرجوع في الموهوب بعتقه
ولم يكن له في المدبر مع انهما قد اجتمعا في ان كلا منهما متوقف على الموت لان الموهوب بعتقه
هبة لفعل السيد والمدبر اسم لعين العبد كذا قيل ولا ادري وانما كما يكون اسما لهبة
بفعل السيد في الموهوب بعتقه وكذلك في المدبر بكونه يقال هبة لفعل السيد لا والمدبر
اسم مفعول كالموهوب وايضا ابن حمل من النزع شيئا انه يجب الوفاء به فلما ورد في
السنة جواز الرجوع في الوصية بعد ما عداه على اصله وانما قال مالك لا يجوز
للسيد المدبر ان يبيعه من يعتقه ويجوز له ان ياخذ مالا من رجل على ان يعجل عتقه والعتق
في المدبر معجل وموجود مع العوض لان البيع في التدبير انما لم يجز لانه قد ثبت للسيد عليه
الولاء فنقل الولاء غير جائز واذا اخذ مالا من رجل وعجل عتقه فهو لم ينقل الولاء

والمدبر

فلذلك جاز وانما قال مالك لا يجوز وكذا المدبرة مع ان العتق في الجميع الذي
اجل فيه لان المكاتبة عاوضت على نفسها لتملك نفسها دون السيد ولم يكن له وكذا
والمدبرة لم تعاوض على نفسها بكمال له وكذا وايضا المدبرة انما جاز وكذا
فيه لانها تعتق بوقت محدود عندك لان عتقها بعد موت السيد والميت لا يوقف بانه
حدد عليه شيء وكذا الامر في ذلك فعلى ان العمر والمكاتبة عتقها فتعلق بوقت يحرم وكذا
بوجوده وانما قال مالك اذا دبر في مرضه جماعة في كلمة واحدة لم يبدا
احدهم على صاحبه وعتق من كل واحد ثلثه اذا لم يكن مال غيرهم ولا يقرع بينهم واذا اوصى
بعتق عبيد له اقرع بينهم ودون ما فيهم مع ان الجميع عتق لا يتعذر فيه بعد الموت لان المدبر
ليس للمدبر انتزاع ماله ولا تغييره بخلاف حكمه لكونه اقوى من غيره والوصية بالعتق له ابطالها
وتغييرها فكان حكمها اضعف من حكم التدبير لان التدبير لا يدخله ابطال فراع من وجه
والعتق يدخله الرجوع ان المريض اذا اعتق عبيدا ولم يكن له مال غيرهم فلانه يقرع
بينهم وانما بدئ المدبر في الصحة على المبتل في المرض الا فيما علم به الميت لان الموت
قد يطول او قد يستفيد اموالا وانما المبتل في المرض وكانه قصد اخراجه مما علم
به في التدبير والوصية تدخل فيما علم ولا تدخل فيما لم يعلم لانها معينة اذ له الرجوع
فيها اجماعا. تنبيه: قال ابن يونس عن بعض الفقهاء اذا دبر وبتل في المرض فيبدأ
واحد جماعة عبيد فيما هو عنده فيبدأ الثلث فيما فات المدبر من الجماعة عتق فيه
بالحصص وما فات المبتل عتقوا بالسهم وانما كان ولد المدبرة بمنزلتها رقيقا
قبل موت سيدها وبحرية بحريتها وولد المدبرة بمنزلتها فكلما ان امه هي
بمنزلتها كان له الرجوع فيها والتصرف بالبيع والهبة ونحوه وكان حكما لسائر
بنيه مما كان عليه قبل ان يفعله ذلك ان الذي جعل لها من الوصية امر غير منعقد
وانما ينعقد بالموت فما ولدت قبل ان ينعقد فيها امر الحرية قد قبلها مورثة فيخرج
وما ولدت بعد الموت فبمنزلتها ايضا يدخله من الحرية ما دخلها وانما المدبرة
والمعتقة الى اجل فامرهما منعقد حين جعل لهما ذلك لا يستطيع السيد ولا يتصرف
فيهما تصرف المالك فلما كان امرهما منعقدا كان ولدهما بعد العقد بمنزلتهما

ولدا ثم هو وحده فيهما بعد تمام الكذب في مرض الموت بمنزلتهما وقالوا ولو ماتا قبل العقد
فرقيق بمنزلة السماح كما كان ولو أقر هو وحده فيهما قبل الموت وقبضهما قاله ابن يونس
وإنما أجاز في المدونة أن أحد الشريكين إن يدبر نصيبه من عبد بإذن شريكه
ومنعه أن يكاتب أحد الشريكين نصيبه وإن رضي شريكه لأن كتابة أحد
الشريكين ذريعة إلى عتق النصيب من غير تقويم ولا كذلك التدبير لأن عتقه
إذ لا يخرج إلا من الثلث ويبدأ المدبر السابق على اللاحق في الموت وإنما يبدأ
المدبر في الدبر السابق على اللاحق في الموت يبدأ المدبر السابق على اللاحق لأن الرجوع من
رأس المال والمدبر من الثلث فأشبه الوصايا والمدبر مقدم على الوصايا قاله مالك
في كتاب الوصايا وابن الجلاب على ذلك ويبدأ المدبر السابق في المجلس دون اللاحق
ثم يتحاصون كعتق أجله المدبر قاله ابن يونس وإنما قال في المدونة إذا باع المدبر
ومات بيد المبتاع أنه يجعل ما زاد من قيمته مدبرا على غرره وقيمته عبدا في رقبة
مدبر مثله وإنما جاء عنه وهي صحيحة يجعل ثمنه كله في رقبة مدبر مثله من الزمان من
علمنا أنه كان حرا بما يتركه شيء من العتق لانفساخ تدبيره بموته قبل سيده وإنما أراد
أن يجعل فضلة الثمن في مدبر من ذلك ثم يعتق بعضه وإن غاب لم ينفسخ تدبيره
إذ لعله حي وغرر تقدر عليه البيوع فلم يكن بد أن يجعل ثمنه كله في مدبر كالذي
يبيعه ويغيب عليه قاله ابن يونس تنبيه إذا وجد المبتاع والمدبر فسخ
البيع ورجع إليه وكان له مدبرا وإن أعتقه مشتريه كان ولاؤه له وقيل البدل
ثم رجع إلى الأول وكان ثمن قاله فيما يذكرنا مع مدبر لا رجوع له في أحدهما وإنما
قال لو أبى المدبر إذا بيع ومات بيد المبتاع أنه يجعل ما فضل من قيمته في مدبر مثله
وإذا بيع المكاتب ومات بيد المبتاع قبل فسخ بيعه لم يجعل ما فضل من قيمته في
مكاتب مثله والجامع أنه بيع وقع فيمن فيه عقد حرية ومات بيد المشتري لما بيع
يعلمه ووجه ذلك كان ذلك منه رضى بالعجز ومن لو رضي بالعجز كان عاجزا إن لم يكن له
مال ظاهر ولا كذلك المدبر وإنما قالوا لا يجوز بيع المدبر إلا لعتق إلا شراء
ويجوز غيره من البيوع الفاسدة لأن ... التي فيه تمنع العقد الذي

يقومون به من ليس فيه شيء من الشوائب وإنما قالوا إذا كاتب مدبرا ثم دبر
ثم مات جعل في الثلث الأقل من قيمة الرقبة أو قيمة الكتابة وإذا دبر ثم
كاتبه جعل في الثلث قيمة الرقبة لأن التدبير إذا سبق فقد كاتبه وهو مالك
للرقبة حقيقة فوجب أن يجعل في ثلثه ما كان يملكه منه حين كاتبه وإذا كاتبه
ثم دبره فهو حين عقد الكتابة أو كان لم يملك منه شيئا متقررا لأنه يؤول إلى العجز
فيملك رقبته أو يؤدي الكتابة فيكون إنما ملك منه المال فلما لم يتقرر له أمر
معلوم جعل الأقل فتنبيه قال غيره إنما يصح هذا إذا كاتبه ثم دبره
أو دبره ثم كاتبه وهو صحيح أو تفرقت الكتابة في الصحة والتدبير في المرض وأما
إن كان تدبيره إياه وكتابته جميعا بعقدهما وهو مريض جميعا فهنا إنما يجعل قيمة
الرقبة لأنه لم يتقدم عقد للكتابة أو التدبير

فروق كتاب المكاتب

وإنما أجازوا في المدونة الكتابة على الخيار شهرا ولم يجيزوا البيع على الخيار
شهرا لأن العلة في البيع هنا الزيادة في الضمان قاله في كتاب الخيار وقد يزيد
المبتاع في ثمنها لتكون في ضمانه إلى أن يختبرها بطول ولا كذلك الكتابة لأن العبد فيها
في ضمان الكاتب على كل حال قاله عياض وإنما قال ابن القاسم فيما وهب للأمة أيام
الخيار أو تصدق به عليها يكون للبائع وإذا ولدت يكون الولد للمبتاع لأن قال الغير
في البيع للبائع فجعل ما كسبته في أيام الخيار من الغلات حكم الغلة والولد لم يكن للغلة
فلا يكون للبائع قاله ابن يونس وأيضا ما وهب لها في أيام الخيار كالغلات
وذلك للبائع ومن له النماء فعليه التوى قاله الشيخ أبو الحسن الصغير في حمل
الغرر كتاب الخيار وسيأتي ذكره في محله من هذا إن شاء الله تعالى وإنما قال في
المدونة إذا أذن المكاتب في عقد الكتابة رسما لسيده بأن يلبس السيد أو مات كان
انتزاعا ثم إن هلك الرسم فلا يرجع عليه بقيمته وإن لم يلبس رجع عليه بقيمته
مع أنه كان انتزاعا فلا رجوع له فيه ولا في قيمته لبس أو لم يلبس وإن لم يكن
انتزاعا رجع عليه به أو بقيمته لبس أو لم يلبس لأن اشتراكه في أصل الكتابة

انتزاع فلس او لم يفلس لانه قوله متهم لانه يغرم ان يرده اليه. تقرر وفاء
الكتابة وصار كالحبسة منه يقوم عليه بها ما لم يفلس قاله القابسي تنبيه
يتعقب هذا الفرق بانه لو كان كالحبسة لم يلزمه هو والتبرع انتهى في د عن
القباب والفرق انه مثلا اذا ادعى ضياعه ولم تقم البينة انه ضامن للقيمة
او لم يفلس وكذا ان فات على قول اشهب ولو كان كالحبسة ضمن في كل وجه وحال ان
حلف وانما قال في المدونة اذا وهب لك نصف اخيك المكاتب او تصدق به
عليك او اوصى لك فقبلته ثم عجز يقوم عليك باقيه ويعتق ان كان لك مال
واذا اعتق حصته من مكاتب بينه وبين رجل ثم عجز لا تعتق عليه حصته منه ولا
تعتق عليه حصة صاحبه لان من يعتق عليه لما كان ممن لا يستقر ملكه عليه وان عجز
ولا يتم عتقه جعلنا قبوله ما وهب له منه فهذا يعتق تلك الحصة من الرقبة
وان هو عجز اذا عجز يجوز له ملكه وهو الذي لا يملك منه الا مالا فلما اعتقه
اياه وقع قال ولو قصد الى عتق الرقبة وانه ان عجز كان ذلك الشقص من الاستر
لشتلناه قاله ابن يونس وانما قالوا اذا كاتب في مرضه وحابى وقبل الكتابة
انه يجعل في الثلث قيمة الرقبة كلها لما لو يحابي واذا حابى المريض في بيعه انما
يجعل في الثلث المحاباة خاصة لان الكتابة في المرض عتاقة بخلاف البيع قاله
بعض شيوخ ابن يونس تنبيه اذا حابى فكان الثلث يحمل قيمته جازت له وان
يقوم في النجوم المقبوضة منه ولا يلتفت ذلك الى قول الشيخ ان كان الثلث لا
يحمله ردت النجوم المقبوضة الى يد العبد ثم يعتق محمل الثلث من رقبته بما له اذا لم يجز
الورثة وانما تسعى ام ولد المكاتب مع ولدها وتعتق باداء الكتابة ومن ابتاع
من يعتق على الحر بالملك بغير اذن السيد يعتقون بالكتابة وهم لا يسعون معه لان
ام الولد اكتسبت الحرية بوجهين من السيد والولد بخلاف من اشتراه المكاتب
ممن يعتق على الحر فانهم انما اكتسبوا الحرية من وجه واحد وهو سيدهم الذي ابتاعهم
وجنبه نكتهم وانما لم يدخل المكاتب الا من كان معه في كتابته من الاباء والابناء
والاخوة ولا يدخله ولد الحر لان المكاتب قد تقدم عقد حرمته فلا يدخل الحر

الصغير ايضا لا يسعى واذا افاق ابوه منه ولم يترك وفاء فكذلك لا يكون عليهم
السعي وكذلك لا يكون لهم الفضل كذلك قضى عمر بن الخطاب رضي الله عنه ولم يرثه
السيد لانه لم يجب عما جزا ولم يحمل الفضل الذي فضل له اذ ازكى من يقوم باداء الكتابة
وانما يرث المكاتب من كان معه في الكتابة من ولده ووالده الا انه ترثه الزوجة وان كانت
معه لان ميراث الزوجة بالنكاح لا بالرحم كان ذلك خارجا عن القياس على قول الذي
ابن ثوبان الزوجية قد تسقط بالطلاق وبانه قد تعتق المكاتبة بوجه فيثبت لنفسها
والرحم ثابت بكل حال ولم تلحق الزوجة بذوي الارحام لما قد تمتاز به في بعض الوجوه
فانه عبد الموصى له انما قال في المدونة في المدبر والمعتق الى اجل اذا اشترى اباه او ولده
لهما قبل التدبير والعتق لا يكون بمنزلتهما والمكاتب اذا اشترى والده او ولده قبل الكتابة
فيما بينه لا ان المكاتب احرز نفسه وماله بخلاف المدبر والمعتق الى اجل وانما
قال لو ان المكاتب يملك ويترك ولد ام ولد او ام الولد تسعى معهم وتعتق بالاداء
واذا تركها مع اخيه او ابيه فانها تكون فيئا في ان الولد اقوى حرمة من الاب لان
المكاتب اذا مات وترك مالا يفي بالكتابة وترك ولدا انه يرجع والذي الحال
الى انه لا يرجع الى غيره قاله الشيخ ابو الحسن الصغير وايضا فان ابن نافع
يقول لا يرث ابن الوالد ان كان حكم الكتابة قائما في المدبر مع الاخ والاب ومع
ان الولد انكح وتدبيره وانما قال في المدونة اذا اوصى ان يكاتب عبده والثلث يحمل
رقبته جاز وكوتب كتابة مثله على قدر قوته واداه واذا اوصى ببيع عبده ممن
فلان وانه ينقص الثلث يكاتب ينبغي على هذا ان يقال في المكاتب ينقص من كتابة
مثله لانها في الغير بخلاف في الوصايا لبيع للموصى له على الشراء والسيد هي
في الكتابة لما يجبر بقرينة الجبر الدالة على عدم التحقيق فافترقا وانما منعوا
كتابة ام الولد وجوزوا كتابة المدبرة لان امر ام الولد قوي وامر المدبرة ضعيف
واحكامها يوجب ذلك وانما لا يدخل حمل امة المكاتب معه لانه يشتريه ويدخل
للمكاتبة في الكتابة اشتركت اولا لان ولد العبد فيجعل عنه ولم يدخل معه
في الكتابة لانه بالشرط ولم يتركه ذلك وارقته مع حملها اذ هو كعضو منها

وانما

وانظر ما قالوا في المكاتب يعان على الفكاك ثم يؤدي فيفضل فضلة انها ترجع
الى اربابها ان عرفوا وان لم يعرفوا وقفت ابدا على قول سحنون وفي العتبية انما
توقف سنة مع ان رب كل منهما غير معروف لان فضلة المكاتب قد علم اربابها
او لا يحلان العتبية اذ لا يعرف صاحبها وانما هو كاللقطة يغيب صاحبها ولا
يعرف له خبر فقد قيل انه يعمر ثم يتصدق بها وفي يقضي في ايقافها على سنة
تنبيه الاصل في هذا ما فعله زياد بن زياد مولى ابن عياش رض على مراغمته
على الفكاك الفضلة بالحصص قال مالك وبلغني انه كتب اسما من في مكاتبة
وجعلها عنده فكان يدعوا لهم حتى مات وفي موضع من سماع القرينين ان زياد بن
زياد هذا دخل على عمر بن عبد العزيز وهو يومئذ امير الخلافة فسلم ثم رجع ثم سلم
سلام الخلافة فقال عمر بن عبد العزيز اما والله اني لم انكر الاولى ثم نزل عمر بن
عبد العزيز عن مرتبته فقيل له في ذلك فقال اني كرهت ان اعظم في مجلس على
من هو خير مني ابن رشد لا يعرف الفضل الا اولوا الفضل وانظر الشيوخ من مسئلة
الفضلة هذه ان من اخرج مالا في فداء اسارى فماتوا او افتكوا او هربوا انه
يرجع اليه وسئل عنها ابن ابي زيد فقال بعض من حضر مجلسه يجعله في اسارى
اخر كمن اخرج كسوة لمسكين فوجده قد مات فخرج غيره المسكين فرد هب فلانه يستحب
له ان يعطيها غيره فقال الشيخ ليس مثله ويجري قال الفداء لهم اخصه لا صدقة
اخرجه لفداء قوم سماهم باعيانهم فلما استغنى عن ذلك رجع اليه ابن سهل
الدليل على صحة ما قاله الفقيه ابن زرب رحمه الله في سماع اصبغ في الجنائز قال
سمعت ابن القاسم يقول عن مالك فيمن هلك فلم يكن له كفن فطلب له في الناس فجمع له
عشرون درهما فكفنه رجل من عنده وبقيت الدراهم فاراد غرماؤه اخذها وورثته
قال ليس ذلك وترد الدراهم الى اهلها قال ابن القاسم الا ان يشاءوا وان يسلموها الى
ورثته واحب الي فيهما بها ان يجعلوا وفي زيد بن ابي الغمر عن ابن القاسم مثله
ومسئلة المسكين في كتاب المدونة والجامع والعارية لمالك يعطيه غيره مثل
المساكين وقال اراه على نيته واجبا وهذا خلاف من اعطى زكاة فلم ياكلها حتى

المستغني فانه يأكلها بما نقده أخذها بوجه جائز وإن قصدها ليقرأ بها فلم
يقرأ فانه يردها أو عمل هذا قراءة فكذلك لو قرأ عليه فلم يقرأ أنه يرده
وكذلك لو أخذ مالا لرجل ليتزوج به فلم يتزوج أنه يرجع فيه قاله ابن عرفة
وغيره أنه ينظر إلى ما يعم بالفقراء من حال المعطي إن كان إرادة الإرفاق
والتوسعة عليه فيكون له ولو لم يتزوج وإرادة خصوصية النكاح رجع
فيه وإن جهل الأمر فإن حمل على عموم تجاوز النكاح فإن العموم رجع فيه وكذلك
من دفع له مال ليقرأ عليه فلم يفعل فإنه يرده وحكى الشيخ أبو محمد صالح أن
الفقيه التادلي وقعت له هذه المسألة دفع له أبوه مالا ليقرأ عليه فرده
إذ علم أنه لم يحصل منه الفائدة لأبيه وأخبره أنه لم يبلغ من القراءة ما غرضه
فلقي أبوه الحاج بعض الفقهاء فيشكو له أمره فدعا له وقال اللهم افتح له
المدونة كما فتحت لسحنون فكان من الفقهاء ما كان وقد من هذا المعنى مسألة سئل
عنها بعض الشيوخ وهي امرأة اشتكت من داء الحرب فسأل لها بعض اليهود فيمن
يتصدق عليها ووقعت الصدقة من أهل حتى تيسر لها البلغة ثم حملت إلى مواضع
كثيرة فجاءت بمال من جميع من بها وطلبت الصدقة الموقوفة من أهل غير وكانت
لم يكتب لها في عقد ما حمل ترجع لمواضع كونها تعلمت دونها أم لا فأجاب
الحكم في المسألة على مقتضى السؤال أن يرجع ذلك العقد الموقوف برسم تلك المرأة
إليها إن شفيت منها أيام قبل طلاعها فقد كانت ملكته حين تصدق به عليها
للوجه المذكور وإنما يشكل الحكم فيما أخذته بعد كمال برئها من وعد البتة
والحكم في ذلك إنما هو لمن دفعه ليس ذلك اليكم فيمكن أن يرضى دافعه بقائه
لها أو يسترده أو كان دفعه برسم الفداء ليجعله في فداء غيرها وأما قال ابن
القاسم إذا قال في مرضه أعتقت عبدي في صحتي لا يعتق في ثلث ولا في رأس مال ولو
كانت عندي في الصحة وأقر بقبضها في المرض إن ورث كلالة وحمله الثلث
جاز جوّز الإقرار بقبض الكتابة في المرض كصحة موضع الكتابة عليه في مرضه
وذلك يرجع إلى الثلث بخلاف العامل كتبنا أعتقت عبدي في صحتي ولم يعلم

فقد عرض لقوله التتمة فيه أنه أراد أن يعتقه من رأس المال ويخرج قوله إذ بت
حكم له في رأس المال قاله ابن يونس تنبيه أما قوله أعتقت عبدي في صحتي فقيل
أنه بالكل وقيل أنه من الثلث وقيل إن حمله الثلث جاز وإن لم يحمله بطل كله لأن
الثلث إذا كان يحمله لم يكن في إقراره تهمة إذ لو شاء لأخرجه من الثلث وانظر هل يقوم
من هذا إذا قال كنت تصرفت بما يكون في الثلث أم يبطل وإنما يجوز للمكاتب
أن يتزوج بإذن سيده ولا يجوز له أن يعتق وإن أذن سيده لأن العتق يتشوف به من
جهة الرتبة في حال الكتابة بل هو إعانة الحر فافهم بخلاف النكاح فإنه قد
تكون فيه مصلحة إما بأن يكون من يعول له ماله أو يساعده في أمره وغير ذلك
من أمور الرتبة وغايته فيه إحداث عيب النكاح على السيد بتعريضه للعجز وقد اسقط
حقه فيه بإذنه والله أعلم وإنما قالوا إذا أعتق المكاتب عبده بإذن سيده
أن الولاء له إذا أدى كتابته وإذا أعتق عبده القن بإذنه لم يكن له ولاء من أعتقه إنما
يكون للسيد لأن السيد لما كان قادرا على انتزاع مال عبده القن كأنه هو المعتق
ولا كذلك المكاتب إذ لا يقدر السيد على انتزاعه منه فافترق ذلك تنبيه
كل من أعتق بإذن السيد ممن لا يقدر على انتزاع ماله كالمعتق إلى أجل عند قرب الأجل
وأم الولد في مرض السيد والمدبر في مرض السيد والمعتق بعضه إذا أعتق عبده
بإذن السيد حكم جميعهم حكم المكاتب سواء والله أعلم

فروق كتاب الولاء

وإنما قال ابن القاسم إذا أعتق المسلم النصراني يكون ولاؤه له وإذا أعتق النصراني
المسلم فلا يملك ولاءه لأن الله منع جريرة لا يرثون ويعقلوا ولا يعقل عليه وإنما الولاء
لمن أعتق عنه إذا كان نصرانيا ولاء للمسلمين وإذا أعتق عن كفارة أو جنينه أن
ولاءه له لأن عتقه عن كفارة أو جنينه من ادخل ذلك على نفسه فهو كما اشترى
عتق العبد والزكاة أو جعله الله للفقراء والمساكين فكان ما يعتق بها للمسلمين
دونه وأيضا العتق في الكفارة واجب عليه وجوبا متعينا فجعل معتقا لها لكنه
والولاء تابع للمعتق والزكاة ليس العتق فيها متعينا لأن العتق في الزكاة إخراج

جزء من الفداء وذلك الجزء هو للمساكين فإذا اشترى به عبدا فأعتقه لم يكن
الولاء له لأن الولاء لغيره فهو معتوق على ملك غيره واعترض هذا بعض الشيوخ بأن
هذا والمساكين من أصناف الثمانية وإنما يصح هذا لو كان الفقير بالصفة التي
لم يتميز فيها عن أنهم يكونون بالعوض عنهم والنيابة وليس كذلك ولكنه لو اقتصر
في التعليل على أن يقال بالتعيين في الكفارة وعدم التعيين في الزكاة لكفاه والله أعلم
تنبيه وهذا إن اشترى الرقبة بعينها من زكاته وأما إن أخرجها عن زكاته
فيرجع فيها من الخلاف ما يدخل من أخرج عن زكاته عرضا وقد يقال إن هذه أخف لأن
الرقبة مما يصرف فيها الزكاة. قال ابن يونس في كتب العتق إذا أعتق من الزكاة أو سأله
في شيء دفعه فلا من مولى المسلمين وإنما قالوا إن جر الولاء يكون بالجد دون الأخ وقالوا
إذا اجتمع جد وأخ كان الأخ أولى بالولاء لأن ذكرهم جر الولاء إنما يكون بالنسب
والنسب بالجد دون الأخ وأما استحقاق الولاء فهو بعد فرع التعصيب والأخ
أقوى تعصيبا من الجد لأن تعصيب الأخ يستفاد من جهة البنوة وتعصيب البنوة
أقوى من تعصيب الأبوة وإنما قالوا إذا اجتمع جد وأخ كان الميراث بينهما
والأخ أولى من الجد بالولاء لأن الميراث يستحق بشيئين تعصيب ورحم والجد قد
اجتمع فيه الأمران فيهما والأخ في الميراث والولاء إنما يستحق بالتعصيب فقط لأن لا
له فدخل للرحم فيه ولما كان تعصيب الأخ أقوى من الجد لإدلائه بالبنوة كان أقوى
من الجد بالولاء وإنما قالوا إذا أعتق العبد عبدا له فأجاز السيد ذلك ثم
ثم عتق بعد ذلك فلا يعود ولاء عبده الذي أعتقه وأجاز السيد إليه وإذا
أعتق المكاتب عبدا فأجاز سيده العتق ثم عتق المكاتب فإن ولاء الذي أعتقه
يعود إليه وأن الكل عتق عن غيره وولاؤه لغيره لأن العبد لما أعتق عبده
فعتقه غير نافذ فلما أجازه السيد وكأنه هو المعتق لأن العبد لو أراد
انتزاع ماله كان له فصار بمثابة ذلك انتزاعا للعبد منه وعتق عن جهته
فكان الولاء له ولم يعد إلى المعتق لأنه لم يصدر العتق منه إذ عتقه له غير
نافذ والمكاتب لما أعتق عبده فأجاز السيد فالعتق لم يصدر من جهة السيد لأنه

ليخرج

ليس له انتزاع مال المكاتب وانما هو محجور عليه عتق بعضه ما عليه فلا ذا او بعض
زال العجز عنه

بسم فروع كتاب امهات الاولاد

وانما قال في المدونة اذا قال في مرضه ما ولدت مني ولم يعلم ذلك الا بقوله
فان ولد ومعها اولاد ورثت بولد صدق عتقت من راس المال وان لم يترك ولدا
لم يصدق ولا تعتق في الثلث وان اقر في مرضه المتقدم عتق في صحته فلا يعتق في
ثلث ولا من راس مال وقاله اكثر الرواة وانما يختلف قوله فيه لان الولادة شاهد
ابن يونس في غالب الحال ولا كذلك العتق لانه الغالب فيه ابن رشد وان شهد
بذلك من يعلمه مع هذا العتق لانه بقوله في المرض فهو وصية وكره قوله وكان اشهر
ريبة من صاحب ابن القاسم قاله ابن يونس وانما قال في الكتاب اذا اقر ان امته ولدت منه بولد
في صحته ميراثه او يعتق مرضه او بعد ان اعتقها فلا يلد منها النساء فالولد كما هو ان
ادعى شبهة فلا يلحق واذا اتت امته بولد فاقر ولم يقر بالوطء لم يلحق به الا
ان يقر بالوطء لان الولد قد يلحقها من الزنا للتولد واذا اتت بولد فقال ابن القاسم
ابن شهاب قاله ابن يونس وانما يجب على الولد قيمة امه ابيه بولده وان لم يحمل
ولا تعتق ابن القاسم على والديهما من الشريك الا ان يحملها والشريك لم يحرم عليه
ابن القاسم بوطء شريكه خلاف ابن عرفة فقد حرمت عليه فيتفق ان يعتق عليهما وانما
قال ابن الماجشون وابن عبد الحكم في الاب يطأ امة ابنه فلا ابن القاسم اذا كان فاقوما
عليهما ولينتزع من احدهما جارية لرجل فوطئها ذلك الرجلان فيما بين ثلاثة ان الحمل بعد
ذلك فتعتق بعوضه بان لا تعود اليه قال ابن عرفة لم يعتق وكذا انه للاب فيعتق
عليهما من ذلك فاذا كان قد قومت عليهما رد ثمن عليه ولا تخرج من يده ابن رشد كما هو
الشريك يطأ امة بينهما وانقضت المدة بين ان يحملها مرة اخرى وايضا لو ورثت
البيع لكان ذلك ذريعة الى عارية الفروج فكما ثبت المتتبع ما بين العدة ثم بيعه فما قال بجميع
ذلك ابن يونس وانما قال في الكتاب اذا اشترى زوجته لم تكن ام ولد بما ولدت
قبل الشراء واذا ابتاعها حاملا فلا تكون له بذلك الحمل ام الولد ان وطئ الولد قبل
ان للبائع ولا كذلك اذا اشتراها وهي حامل منه ان حبرا اشتراها عتق عليهم كما في

بكتابتها فاكتسبت بذلك الحرية فما رأت كما لو وضع المكاتبة حرة. تنبيه ومثله
كذا اذا اشتراها من غير ابيه واما لو اشتراها من ابيه فانها لا تكون بذلك الحمل
ام ولد لانه عتق في بطنها قبل عتقه على جده قال ابن المواز ولا تكون ام ولد لانه لم يملك
رقبتها في بطنها حتى يعتق الجنين عليه لا غيره ابن يونس ولو اشتراها من زوجته بعد
ان اعتق السيد ما في بطنها فشراؤه جائز وتكون بها تدفع ام ولد لانه عليه عتق وليس
فيه عتق السيد اذ لا يتم عتقه الا بالوضع ولانها تباع عليه في فلسه ويبيعها
ورثته قبل الوضع ان شاءوا وان لم يكن عليه دين واتلك بحملها وانظر ما قال في المدونة
اذا اشترى زوجته الحامل وهي امة لابيه انها تكون بذلك الحمل ام ولد واذا اشترى
زوجة ابيه حاملا انفسخ النكاح ولا تكون ام ولد به وتبقى رقيقا للابن والجامع
ان كل واحدة منهما اشتريت وهي حامل وما في بطنها عتيق بما به الولد لحاقه الاب
خلو من النسب [illegible] وفي زوجة الاب فسخه [illegible] واما العتق باشتراء
الولد لامه فاشبه العتق بالاب فتأمل وانظر ما قالوا في عتق ام ولد على ان يكون الولد
عبدا يلزمه العتق ولا يتبعه فيه الولد ولو خالع الحر زوجته على ان يكون الولد عبدا
جاز لان ام الولد التي فيها ذلك في حال يملك عليها سيدها الجميع ولا كذلك الحرة
وقيل يلزمهما كالحرة والقول في كتاب محمد وانظر ما قاله في المدونة اذا باع ام ولد
فاعتقها المبتاع فان العتق يمضي ولا يرد لان ابن القاسم قال لا ترجع في الرق ابدا
والمدبر يلحقه الثلث وقد يعجز وانظر ما قال في المدونة اذا اشترى امة ذات رحم مولاه
ثم اعتق وهي حامل منه انها لا تكون له ام ولد بما كانت حاملا به ولو اعتقها بعد ان
اعتق لم يحمل بها ذلك وكانت حرة بما حررت به حتى تضع فيرد الولد للسيد الا على
وتعتق هي بالعتق الاول فيما يظهر اعرف عتق واذا اعتق امة فوهب جنينها لرجل
جاز وعجل عتقها لان السيد انما وهب الجنين ملكا ام لا او لم يكمل ملكه بعتق الا دون
للامة الذي وهب له الجنين لم يملك الا بعد فلت ما اهله العز
الملك بالسنة والملك بالامة فتأمل كالعتق بالابن فتأمل والعتق بالسنة وانظر ما
قالوا انه يجوز للمأذون بيع ام ولد الابن لانها قد تكون حاملا وما في بطنها

لسيده فلا يبيع ملك السيد الا باذنه واذا وكله اقنة فله ان يبيعهما بغير سيده مع
انهما قد تكون حاملا ايضا فيبيع ملك السيد بغير اذنه لان ام الولد قد حازت حرمة
الشبهة اقوى وضعفه للولد بخلاف الامة قال له ابو موسى بن مناس وايضا ان الامة
اذا اتت بولد لم يلحق بالسيد الا ان يقيم من على ذلك بينة ولا كذلك ام الولد
فان ما اتت به لاحق بالسيد الا ان ينفيه ويدعي الاستبراء قال له ابو يونس فتنبيه
اعترض الشيوخ هذا الفرق بانه لم يتناول محل الجمع بين الامة وام الولد لان الفرض
ان الامة قد اقر السيد بوطئهما وانكر تعليلهم فمنع اخذ ذو دين بيع ام ولده الا باذن
سيده فانهما قد تكون حاملا منه وقد حكمنا لسيده فانه يأتي على ان العبد اذا كان
مأذونا له ان لا يبيع ام ولده وان اذن له السيد لان ام ولد الغير وعند من لا يبطل الا في
الوطء السابق في الحيازة اوفى السابق وللاخير الجمات ومن خلاف قوله في امهات الاولاد
من المدونة وليس للعبد ان يبيع ام ولده في حياة سيده الا باذنه وجعله انه مال ولده
فتأمل ذلك وانما قال في المدونة اذا اسلمت ام الولد الذمي وقفت في اخر قولي
مالك واذا اسلم عبده بيع مع انه قد كرا وصعا مانع من واع ملك النماء فيهما لان
ام الولد لا يتأتى بيعها شرعا وقد يعرض له فيها الا ان يستمتع بها وله استمتاع وارش
الجناية فلو اعتقها مع احتمال استيلاده بعد لكانت قد فوتها عليه باخراج ام
ولده عن ملكه بغير عوض ولا كذلك اذا اسلم عبده فانا لم نخرجه مجانا عنه اذ ثمنه
يقوم مقام عينه فافترقا وانما قالوا اذا اسلمت ام ولد الذمي ثم اسلم بعدها
كان لمالك بها ما لم يحكم ببيعها او عتقها على الخلاف ويعود الولاء اليه واذا
اسلمت جارية الذمي ووطئها بعد الاسلام فحملت ثم اسلم كانت كما لو قبل اسلام
ولا يعود فيها الولاء مع ان كليهما ام ولد الذمي لان ام الولد اذا حملت قبل اسلام
في الكفر فقد ثبت له حرمة الاستيلاد في حالة يثبت له عليها الولاء فيها من جميع الجهة
اذا اسلم وليس كذلك اذا ولدها قبل اسلام لانه استيلاد حصل منه في حال
يمتنع ان يثبت له عليها ولاء فلذلك لم يثبت له عليها ولاء اذا اسلم وانما
قالوا اذا عجل عتق ام الولد على مال ترجعه اليه جاز السيد قبل ان يقبضه منها

وعليهما دفعه للورثة وإذا كاتبهما على قول مالك فإن أدت من الكتابة منعه ذلك
ولو عتقت من رأس المال وفي كلامه نظر فعبر بمن أعتق ولم تعتق من ثلثه لأن أم الولد إذا عجل
عتقها بعوض في ذمتها بمنزلة جعل العتق قبل موته وجعلت كاملة الحرية ولم تستتبع
ذلك الأمة بذلك العوض ولزمها دفعه إلى الورثة لأنه كدين المدينة على غيرهم
وليس كذلك إذا كاتبها في حياته لأنه لم تعتق في حياة السيد وإنما تعتق بالأداء فإذا مات
السيد قبل الأداء مات ربها على ملكه فعتقت بموته وأما قال ابن القاسم في
المدونة إذا باع أمته ومعها ولد رضيع ثم استلحق الولد عند الموت بعد يسير أنه يلحق
به ولم يتهم بانقطاع من الولد إليه وهو لا ولد له فالاستلحاق من أحكام الموت
بما له ولد أمته ولو لم يكن له إلا ابنة يلحق به وتكون من أم ولد لأنه يلحقها الولد إن التهمة
بينهما حاصلة لأن المشتري استحق الرائعة في ملكه والمريض إنما استلحق الرائعة ثم
باعهما وزالت عن ملكه وأيضا المشتري لمعرفته بد فيه يتحصل الولد بينهما والمريض
لم يثبت للورثة عوضا من تخليصه فيه فلذلك افترقا قاله بعض أصحاب ابن
يونس تنبيه قال ابن يونس هذا الفرق ضعيف واحتجاج فيه وذلك أن
ابن القاسم إنما جعل العلة في ذلك التهمة لا نقل الملك الذي فرق به وقد جرى
عند ابن القاسم به أن يستلحق الرائعة في ملكه أو بعد أن باعها لم وكذلك لو استلحق
الرائعة في ملكه عند موته بيسير كثيرة من كلامه وأنه أن يصير أنه إليه لا تنقطع
الشيء ورثته كلالة وأنه لا يلحق به عند ابن القاسم فإذا صح أن العلة عنده إنما
هي التهمة فكم لها في قوتها فوجدنا المشتري أقوى تهمة لأن ما بدر لمعرفته بد يستطيع
فيه منع شيء من المعروف وإن قلع لابد بإذن معرفته والمريض يجوز معروفه في ثلثه وإن
كره وارثه بعوا ملك مما يجيره من المشتري فكان أضعف تهمة وأما احتجاجه بأن المشتري
ابتغى لمعرفته دفعه فيعطى البيع ومريض تلك التهمة ولو كانت عند حجة للزمهم ذلك
في عتقه ولا كرا لها العلة أنهم رأوا استلحاق النسب بالولادة لا يتهم الناس فيه لوجوه
عنها إتلاف ماله في اللذة والثاني الشرع تغفلها وتبعة الولد ومؤنته والثالث
قطع ميراث رحمه وإعطائه ما أوجب الله لهم للأجنبي وقدمنا الرد أن يعود ما كان

هذا

هذا مستفاد في النفوس لشبه الناس والله أعلم. وإنما قال ابن القاسم إذا ادعى
اللقيط ملتقطه أو غيره أنه ابنه لم يلحق به إلا ببينة، وإذا استلحق الولد لمن يولد لمثله عنده
ولا عرف أنه ملك أمه بشراء ولا نكاح ولا تبين كذبه فإنه يلحق به لأن اللقيط مال
ولاؤه للمسلمين ولذلك نسب حائز فلا ينقل عنه إلا بأمر يثبت أو بما يدل أنه ابنه
والمستلحق لم يحز نسبه فوجب أن يلحق به. وإنما يستلحق الرجل ولا تستلحق المرأة
لأن المرأة تلحقه بغيرها والرجل يلحقه بنفسه قاله ابن يونس. وإنما يستلحق
الأب ولا يستلحق الجد لأن الجد ليس عنده من العلم بأن الولد ولد ابنه ما عند الابن من
ذلك عنه. وإنما قال في المدونة إذا وطئ أحد الشريكين فكبرا في أمة فأتت بولد
أن عليه لشريكه إن كان مليا نصف قيمة الأمة فقط يوم الوطء أو يوم الحمل وإن كان
عديما اتبع بنصف قيمة الأم ونصف قيمة الولد لأن الشريك الواطئ إذا كان مليا
تبين كون الولد إنما يكون على ملكه حين غرم القيمة وفي العديم لأنه لم يغرم شيئا فكان
الولد تكون على ملكهما وهذا كله استحسان حكى ابن حبيب لم يجعله كالمحرم لا تلزمه
قيمة الولد ولم يجعله كالمتزوج يعتق عليه من غرم أو عتقه لأن حكم ابن يلاء أقوى
في الزوجة فقيمة الولد استحسانا على غير قياس. وإنما جعلت القافة في الإماء دون
الزوجات لأن القافة إنما يحكم بها مع تساوي الفراشين وهذا إنما يوجد في الإماء وأما
كذلك الزوجة فإنها لا تكون إلا لزوج واحد ولا يجتمع فيها فراشان مستويان وأيضا
ولد الحرة لا ينتفي إلا باللعان وولد الأمة ينتفي بغير لعان ولم ينتف بالقافة إنما هو
من الاجتهاد فلا ينقل ولد الحرة عن اليقين بالاجتهاد فلما جاز نفي ولد الأمة بيمين الزوج
جاز نفيه بالقافة قال جميعه ابن عمران. وإنما يستلحق الملتقط المسلم أو غيره الملتقط
اللقيط ويلحقه بأقرب البينة أو دليل على غيرهما والذمي لا يلحقه إلا ببينة والجميع استلحاق
في أن المسلم إنما يستلحقه بالوجه الثاني في رواية ابن شعلان لم يغفر فيهما لخروج الولد
إلا بوجه شاذ ولما كان هذا مفقودا في النصرانية لم يصح استلحاقها إليه قاله ابن عرفة
وإنما جعل في المدونة الحشبا ولا أحد الشريكين في الأمة إذا وطئاها الأمر ولم يحمل
ولم يجعل ذلك في المدونة بين الشريكين يطؤها أحدهما فلم تحمل في زمن التحبيط أو مر بوده

الى نقل الولاء ومثوبة في سبيل الله بخلاف الامة

فصل في كتاب الصرف

وانما اجاز الرد في الدرهم ولم يجزه في الدينار لان السعة في الدراهم الصحاح والصغار سواء ولا كذلك الدينار فان سعر الصحيح منه بخلافه اذا كان قطعة وايضا الضرورة تدعو الى استنفاق بعض الدرهم بخلاف الدينار تنبيه قال ابن عرفة نقل بعضهم جواز الرد في الدينار لا اعرفه وذكر عن بعض عدول بلدنا الموسرين وشراؤه به فبعث اليه القاضي ابن عبد السلام واتاه فسأله عما نقل عنه ليؤدبه على ذلك فانكر فتواه بذلك قلت ووقعت قريبا بتلمسان فافتى شيخنا وشيخ شيوخنا الشيخ ابو الفضل قاسم العقباني بالجواز اعتمادا على ما ذكره من السماع في العتبية وافتى شيخ شيوخنا الشيخ الحفيد ابو عبد الله بن مرزوق بالمنع وقال ان السماع وغيره يكون لنقص المردود دراهم فاستوحش العقباني من قوله واشهد على نفسه بالرجوع عنها الى صحة ما اجاب به ابن مرزوق وهو الصواب وانما جوزوا بيع شريك في حلي حصته لشريكه بوزن نصفه وكذا نقض عينهما ومنعوه في الدينار لان الحلي يراد لعينه ومثله عينه وكذا النقض لا غرض في عينهما لانهما لو استوفيا ثمنا فسخ البيع بخلاف الدينار واذا قال في اجازته في الحلي انه موضع استحسان تنبيه قال ابن عرفة رحمه الله ذكر اللخمي في الدينار الجواز كما تقدم من مذهب وقيل كان ركيعة شيوخ ابن قداح كالشيخ الفقيه الشهير ابي محمد الزواوي والشيخ الفقيه ابي موسى ابي القاسم بن زيتون يفتون بالمنع وان ابن قداح كان يفتي بالجواز حتى ذكر له فتوى مولاه فرجع عنه للمنع قال ابن عرفة وكان ابن عبد السلام يفتي بالجواز وابن قداح بالمنع وقال ابن قداح فيما اخبرني عنه ثقة حين ذكرت له فتوى ابن عبد السلام حسيبه الله مرتين واخذ ابن عبد السلام مرفوعا في الحلي اخذا ضروريا قال لان قطع الحلي يجوز بخلاف الدينار وقطع فراخ جعل يجوز في الدينار والحلي للضرورة وانما منع في المدونة بيع ذهب وفضة بذهب وفضة واجاز في الشركة ان يخرج هذا ذهبا وفضة وهذا مثله ذهبا وفضة مع ان الشركة بيع في جميع ما

اخرج كل منهما ولذلك منع ابن القاسم شركة احدهما بدنانير والآخر بدراهم ولو تساوى
قيمتاهما لانه في البيع لما كان يخشى كل منهما مما ياخذ من صاحبه فوت تمامه فمن كل
واحد الى احد عوضي صاحبه عقده من مقابله في عوضي صاحبه الملزومة التبعية فحصل
الموجب للمنع والشركة لا احتمال فيها بفعل اتباعهما ولعدم المبايعة الحقيقية
قاله ابن عرفة وانما منع في الصرف من جزء من دينار فضة بالفضة لئلا يعيده واجاز
رد المثقال لان المطلوب في الرد فظهر العجز والعمل فيما نبأ بعد الا لقول عمر رضي الله
عنه لا تبايعوه وبينكم وبينه شيء وانما منع في الكتاب بيع حلي فيه ذهب وفضة
بذهب او بفضة نقدا وان كان احدهما تبعا للآخر واجاز بيع السيف اذا كانت فضته
تبعا لنصله بالفضة لان الحلي كل واحد تباع بفضة وعرض بعضه ولا بفضة وذهب
بذهب بخلاف السنة بيع السيف اذا كانت فضته تبعا لنصله بالفضة على ما
زاد كما ورد السنة وبقي ما عدا على اصل المنع وايضا الذهب والفضة في مسئلة
الحلي وان كان احدهما تبعا فكل واحد مقصود لعينه والفضة التبع للنصل المقصود
عينه ما هي كمال العين تتميم لا يقال يلزم على هذا اذا اكرى دارا او ارضا
وفيها ثمرة لم يبد صلاحها وهي تبع الا يجوز لانها مقصودة لانا نقول المقصود
السكنى في الدار او الزرع في الارض وليس مسئلة الحلي لذلك لازم فالفرق بيع الثمر
قبل بدو صلاحها انما فيه الغرر والغرر اذا انضاف الى اصل فلا يكون تبعا له فانه
مغتفر فجاز ولا كذلك مسئلة الحلي فانه يدخله الربا لا يجوز منه قليل ولا كثير
وانما قال بعض القرويين اذا استحقت حلية السيف يرجع المبتاع بحصتها
من الثمن خلافا لسحنون واذا استحق مال العبد المشترى بماله لا يرجع بشيء اذ لا حصة
له من الثمن لان مال العبد مشترط للعبد فهو تبع له لم يقع عليه ثمن وحلية السيف
ليست مشترطة للسيف لان السيف لا يملك شيئا فقد وقع عليهما حصة من الثمن وايضا
اذ لا غنى للسيف عنها وفيها ما لك للجمال وقد اجازوا الصلاة بالكيمخت
في السيف بخلاف كونه في غيره قاله ابن يونس وانما اجازوا غيبة احد النقدين
في الرهن ولم يجيزوا غيبة احد النقدين في المبادلة مع ان الجميع صرف في المعنى

بين الكتابين تتعلق به عن الصرف فيما بينهما بخلاف النقدين وإنما كان المشهور
جواز هذه المشكورة لعموم الغائب والمشهور منع هذه المشكورة المرهون والمودع
إذا كان غائبا بين الرهون والمودع غيبة متعلق بالذمة ولم يزل في ملك ربه والمغصوب
قد تعلق بذمة الغاصب بوضع يد الغصب عليه فأشبه ما في الذمة فلذلك
تعاكس وإنما أبطلوا الصرف بتسليمهما معا ولم يبطلوه بتسليم أحدهما الذي يبطل
لأن تسليمهما معا مظنة للتأخير وتسليم أحدهما لا يقتضي ذلك لكثرة العمل في
الأول وقلته في الثاني وأيضا تسليم أحدهما بسبب عمل أحدهما بخلاف تسليمهما
قاله ابن محرز عن بعض المذاكرين وأيضا تسليم كل منهما أقرب بموجب العقد وهو
العقد بخلاف تسليم أحدهما بين الواجدين يكذب التسليم في الذمة إلا العقد لتمامه على
إرادة الفسخ قاله ابن الكاتب والباجي وهو قريب من الذي قبله تنبيه مراد
صاحب العروض قول بأن تسليمهما أقرب إلى القول بكونه مظنة التأخير لا من جهة
القول من جهة تسليم أحدهما كما اقتضت إشارة ابن عبد السلام وإنما كان أقرب لأن
تسليمهما معروض للتأخير وكلما كان تعدد العروض كان حصول الغرض أقرب وأما
قالوا إذا كان الصرف في أكثر من دينار فالتسمية أن يكون البيع بأقل من دينار على
المشهور وقيل أن يكون تلك الصفقة فلا في محصلة الشركة في دينار أو لم تحصل
وإذا كان البيع أكثر لم يجز إلا أن يحصل الشركة في دينار واحد اتفاقا فإن كان الصرف أقرب
في الاطلاع من البيع فإذا تبعه البيع انسحب عليه حكم الصرف لتبعيته له وكلا تتعدد
أحكامه وإذا كان البيع أكثر بجواز منع أحكامه فلم يحسن تبعية الصرف له لأن فيه إبطال
حكم الصرف بمجرد التبعية ولا احتياط يأتي ذلك تنبيه ابن عبد السلام ومعنى البرهان
إنما يحسن لو أجازوا التأخير في السلعة أن يجتمع مع الصرف في الموضع الذي يجوز
وإنما لم يجوزوا هذا عادة على بيع الطعام قبل قبضه اتفاقا عند ابن رشد خلافا
للخمي ويختلف فيهما في الصرف لأن هذا عادة في الصرف إنما يتخيل بينهما وجه يعد
فيه تأخير ويجوز في الطعام قبل قبضه كما هذا عادة على النكاح في العدة وإنما فدخلت
فيما لأن أنواع العقد مختلف فيما جعلت المواعدة حريما له قال ابن رشد وقد كره

مثل الفلوس لم تسمّ باسم الفضة فلم يعمّه، وإنما جازوا في القضاء الرجحان اليسير
ولم يجيزوا الزيادة في العدد لأن زيادة الرجحان منفصلة، وكانت الزيادة في
الصفقة ولا كذلك زيادة العدد، وإنما منع ابن القاسم في أحد قوليه اقتضاء
خمسين محمولة عن مائة سمراء، وأجاز أخذ تبر أدنى وأقل وزناً من تبر أجود لأن التبر
عنده لا يتنوع وأخذ واسم السمراء والمحمولة متباعد فيهما، وإنما اشترط
ابن القاسم حضور الحلي لمن أراد أن يجيز المستهلك العرض وقال فيمن استودع حلياً فباعه
المودع من آخر بطعام فجاء إن قام رب الطعام أن له إجازة البيع وأخذ العوض
ولم يشترط حضور الطعام لأن المودع ضمن الحلي بتعديه بالبيع فصار تعلق بذمته
مثله، ولا معنى لاشتراط حضوره في الذمة، والذي توهم الفرق في مسألة الحلي ليس
بين متعد فلا خيار عليه فأشبه ضربها أو الوديعة فلذلك اشترط الحضور
وإنما أجازوا المبادلة في الدنانير والدراهم إذا كان التعامل بها عدداً ولم
يجيزوها إذا كان التعامل بها وزناً بعد أن الأصل كان منعها إلا أنهم رأوا أنه لما كان
التعامل بالعدد أن النقص يجري مجرى الرداءة والكمال يجري مجرى الجودة لأنه لما كان
النقص لا يشح به صار ابتداله معروفاً والمعروف يوسع فيه ما لا يوسع في غيره، وإنما اتفق
المذهب على اعتبار السكة والصياغة في القضاء، واختلف فيهما في المراطلة لأن
المراطلة لم يجب للأحد بما قبل الآخر شيء، فيتهم في ترك الفضل في حل ما أخذ منها فمن
وجب له ذهب مسكوك أو مصوغ فإذا أخذ عنه تبراً أجود فيتهم أن يكون ترك فضل
السكة والصياغة لفضل الجودة، وإنما منعوا اقتضاء المجموعة من القائمة
وأجازوا اقتضاء القائمة منها مع أن للمجموعة فضل العدد وللقائمة الوزن
والجودة فيرون الفضل فيمنع اقتضاء القائمة منها كما امتنع اقتضاء المجموعة
منها لأن المجموعة إذا تفرقت ترتيبها في الذمة فلا فائدة لها جملة على الوزن فقط
لأنه لم يترتب له عدد فغلوه ولو أعطاه القائمة لكان أكثر من العدد ما كان يدري ما يقضيه
بخلاف إذا تفرقت القائمة في الذمة فإنه قد ترتب له عدد فإذا اقتضى المجموعة فقد
النقصان في الحسن الذي زيادة العدد فلا يشرفه قاله ابن رشد، وإنما لم يعتبر

الربا في العدد يسيرا على القول الشاذ واعتبر المنع في بيع النقرة فيهما بلا خلاف
مع ان قياس جواز الربا فيهما جواز النقرة وبيانه ان نجعله قلنا في باب الربى ولزومه
في غداة المالك وهو المطلوب في باب النقرة فان العدد لو ضمنه دون البيع عليه ولو كان
ما له قال الشيخ فيما نعتبر بزنته الافراد وهو ما الطرح دون الافراد انما يتعلق بالعدد
او كان بزنته ثانيا في مال يسيرا اتفاقا ولا برقيته على المشهور خلافا لسحنون

فروق كتاب السلم

وانما جازوا في صفقة الطعام بخير ولم يجيزوا في صفقة الثياب بخير ولا في صفقة
الحيوان بعارض لان الطعام يتقارب الخير منه ولا يختلف اختلافا متباينا ويكون له
للتوسط من الخير والخير من الحيوان والعارض يختلف اختلافا متباينا لا يتقارب
وانما قال ابن القاسم اذا اصاب المسلم اليه راس مال السلم نحاسا او رصاصا
بعد شهر او شهرين يبدله البدل ولا ينتقض واذا تأخر الى اجل وهو عين فانه ينتقض لان
تأخير راس المال لم ينتقض منه شيئا ولا كذلك ما ذاك فانه قد تعذر ولا يحمل على انه تعمد
تعذر الزيوف فاحيل له البدل لذلك وانما قال ابن القاسم فيمن له دين على رجل فقال
له اسلمه لي في طعام انه لا يجوز حتى يقبضه ويبرأ من التهمة ولو قال له اسلمه الى
غيرك وقبضه منه الغريم ثم اعاده اليه في الوقت جاز لان الذي قبض منه دينه ثم
اعاده اليه سلفا بينهما ان يكونا اضمرا على ذلك فيعود معه المال او قد رجع
سلفا بزيادة او همانا يجعل في ابه على والاد نو والله اعلم وانما حل اجل المسلم
بموت المسلم اليه ولم يحل بموت المسلم لان الدين انما كان يتعلق في ذمته وقد بطلت الذمة
بالموت فوجب تعجيله من تركته بخلاف موت المسلم وانما جعل في المدونة البغال
والحمير جنسا واحدا في السلم فمنع سلم احدهما في الآخر حتى وجعلهما في القسم
جنسين لمنعه جمعهما في القسم بالقرعة ولولا انهما جنسان عنده لما منع من الجمع اذ الجنس
الواحد يجمع في قسم القرعة لان الغرض في القسم رفع الشركة فاذا كانت الحمير على حدتها
تنقسم كان قسم ذلك على حدة ازين وجعلهما كالصنفين اختيارا كما فعلا في الشركة
وغيرها ما في السلم كصنف واحد خيفة سلم الشيء في مثله حتى يتبين اختلافهما فيغير على

الاختيار في ذلك كله قاله عبد الحق تنبيه ما مر من الفرق صعيب جدا لانه من جمع في
القسم بين الثياب التي لا تبقى فان جمعنا سلما مختلفة وان منعنا بعضنا مثلا بينه بجمع ثياب
القطن والكتان والصوف والقز في القسم فان اختيار منعنا مع انه يجوز سلم الحرير
في القز وكل واحد من قول ابن عبد السلام في شرحه ابن الحاجب قال ابن عرفة والجواب عنه مشكلة
والجواب بمنع الجمع وانما يمنع بيع ثوب بعلمه البائع للمشتري من غزل بعينه ويجوز
بيع ثور من غاسر بعلمه البائع للمشتري لان الثور يكرا به عادة وامكانه يبدل الغرض عن
البيع بخلاف الثوب فان امكانه ان يبدله عادة فيه غير ها هنا وانما لم يشترطوا الاجل في
السلم الى اهل الصناعات فيما يصنعونه بل يجوز ان يكون مؤجلا كغيره ويجوز ان يكون حالا
واشترطوا في غيره السلم الى غيرهم ابن جلاب لان الغالب من احوالهم استعداد ما يصنعون
منه وتحصيله عليهم ايسر من تحصيله على غيرهم فلا يعوزهم وجوده كما يعوز غيرهم فلا
غرر في السلم الحال اليهم فيما يصنعونه لان نسبته اليهم كنسبة العين الى جميع الناس
فيجوز الحلول فيه كما يجوز البيع بالعين على الحلول بخلاف غيرهم تنبيه ما لم يكن
للشيخ ابي الحسن اللخمي رحمه الله من ان الحلول مستغرب من المسئلة فوقه جواز السلم الحال
قال الشيخ ابو القاسم ابن بشير وفي مقتضى الروايات خلاف فان قال انما هو بيع نقد ولا يفتقر
الى اجل وانما لا يجوز ان يوكل الزوج المسلم على قبض المسلم زوجته التي عليها السلم
او يبيعه بقبضها ويجوز ان يسلم اليها هو او الى زوجته فالمراد بسلمه لان الزوجة انما لم تكن
قابضة على زوجها لانها مع زوجها في دار فيكون المسلم لم يبرأ على التي عليها السلم فلم يتم
القبض والمانع بالسلم انما اسلم شيئا في ذمة زوجته وذمتهما خاصة بها وتتعلق بها فلا
فرق بينهما وبين اجنبي في ذلك قاله عبد الحق عن بعض شيوخه وايضا بيع المسلم
يقبض زوجة المسلم اليه يتعلق به حق الله وحق الآدمي اذ هو في ذمة قاله ابن عرفة رحمه
الله وانما لا يجوز السلم في نسل حيوان بعينه وبيع الثمار قبل الزهو على التبقية
وان لم يتقدم الثمر على المشهور خلافا للسيوري ويجوز العقد على الارض المعروفة في الزراعة
على ان يكري بركبتها الى اجل بعيد بشرط وقف الثمن لاختبار انكشاف الماء وحصول الزراعة
سالمة لان البيع يقتضي لزائد نقد عنه بعوض وان يستحيل تغير مما باحد هما او العوضان

الربا بين العبد وسيده على القول الشاذ واعتبر المنع من بيع التفرقة فيهما بلا خلاف
مع ان قياس جواز الربا بينهما جواز التفرقة وبيانه ان العلة قلته في باب الربا ولزومه
في غداء المالك وسوء الملكة في باب التفرقة كان العبد لو منه دون ليسع عليه ولو كان
مالكه قال الشيخ فيما نعتبر تفرقة الماذون وسوينا الملك ذي الماذون انما يتعلق بماله
او كان تفرقته ثابتا في حال شراه اتفاقا ولا بتفرقته على المشهور خلافا لسحنون

فروق كتاب السلم

وانما جاز في صفة الطعام بخيره ولم يجز في صفة الثياب بخيره ولا في صفة
الحيوان بعادة لان الطعام يتقارب الخير فيه ولا يختلف اختلافا متباينا ويكون له
الوسط من الخير والخير من الحيوان والعادة يختلف اختلافها متباينا ولا يتقارب
وانما قال ابن القاسم اذا اعطى المسلم اليه راس مال السلم رطلا او نحاسا
بعد شهر او شهرين فيه البدل ولا ينقض واذا تاخر الى اجل وهو عين فانه ينقض لان
تاخير راس المال لم ينقض منه شيئا ولا كذلك من اجل انه قد نقض ولا يجبر على انه نقص
نقص الزيوف فيجب له البدل لذلك وانما قال ابن القاسم فيمن له دين على رجل فقال
له اسلمه لي في طعام انه لا يجوز حتى يقبضه ويبرا من التهمة ولو قال له اسلمه الى
غيرك وقبضه منه الغريم ثم اعاده اليه في الوقت جاز لان الذي قبض منه دينه ثم
اعاده اليه سيئة بينهما ان يكونا اضمرا على ذلك فيعود معه المال او قد رجع
سلفا بزيادة او هما ما يجعل في الدين على والله اعلم وانما حل اجل المسلم
بموت المسلم اليه ولم يحل بموت المسلم لان الدين انما كان يتعلق في ذمته وقد بطلت الذمة
بالموت فوجب تعجيله من تركته بخلاف موت المسلم وانما جعل في المدونة البغال
والحمير جنسا واحدا في السلم فمنع سلم احدهما في الآخر حتى وجعلهما في القسم
جنسين لمنعه جمعهما في القسم بالقرعة ولولا انهما جنسين عنده لما منع من الجمع اذ الجنس
الواحد يجمع في قسم القرعة لان الغرض في القسم رفع الضرر كما ي فاذا كانت الحمير على حالها
تنقسم كان قسم ذلك على حدة اولى وجعلهما كالجنسين احتياطا لئلا يدخل في الحمر
وغيرها في السلم كمنع واحد خيفة سلم الشيء في مثله حتى يتبين امرهما فيقع على

الا اختيارهم في ذلك كله قاله عبد الحق (تنبيه) هذا الفرق ضعيف جدا لانه قد يجمع في
القسم من الثياب التي لا تشتبه اجناسا سبعة مختلفة وان ثيابا بعضها مشتبهة بجمع ثياب
الحرير والكتان والقطن والصوف في القسم فان اختيارهم مختلف مع انه يجوز سلم الحرير
في القطن وكل واحد من هذه الى جنس في صاحبه قال ابن عرفة والصواب منه مشكلة
والصواب عموم الجمع وانما يمنع بيع ثوب يعلمه البائع للمشتري من غزل بعينه ويجوز
بيع ثور من نحاس يعلمه البائع للمشتري لان الثور يكون حاله عادة وامكانه تمايز بل الغرر عن
البيع بخلاف الثوب فان امكانه ان عادة فيه غير حاصل وانما لم يشترطوا الاجل في
السلم الى اهل الصناعات فيما يصنعونه بل يجوز ان يكون مؤجلا كغيره ويجوز ان يكون حالا
واشترطوا في صحة السلم الى غيرهم ان يكون مؤجلا لان الغالب من احوالهم اشتغالهم بما يصنعون
منه وتحصيله عليهم ايسر من تحصيله على غيرهم فلا يعوزهم وجوده كما يعوز غيرهم فلا
غرر في السلم الحال اليهم فيما يصنعونه لان نسبته اليهم كنسبة العين الى جميع الناس
فيجوز الحلول فيه كما يجوز البيع بالعين على الحلول بخلاف غيرهم (تنبيه) هذا لم يظهر
للشيخ ابي الحسن اللخمي رحمه الله هذا الفرق واستخرج من المسألة قولا بجواز السلم الحال
قال الشيخ ابو الطاهر ابن بشير وفي ظاهر الروايات خلاف ما قال انما هو بيع نقد وكلا يقتضي
الاجل وانما لا يجوز ان يوكل الذي له السلم على قبض السلم زوجة الذي عليه السلم
او يتبعه بقبضها ويجوز ان يسلم المأمور الى زوجته ما لم يسلمه لان الزوجة انما لم تركن
فلا تقبض على زوجها لانها مع زوجها في دار وبخلاف السلم لم يزل على الذي عليه السلم قبل
القبض وان المأمور بالسلم انما اسلم شيئا في ذمة زوجته وذمتها خارجة عنه وتتعلق بها تهمة لا
فرق بينهما وبين ان يجيب في ذلك قاله عبد الحق عن بعض شيوخه وان مضى بيع المسلم
بقبض زوجة المسلم اليه يتعلق به حق الله وبقوة الكرمين ابن ذمر قاله ابن عرفة رحمه
الله وانما لا يجوز السلم في نسل حيوان بعينه وبيع الثمار قبل الزهو على التبقية
وان لم يبعد النسل على المشهور خلافا للسيوري ويجوز العقد على الارض المعروفة في الدابة
على ان لا يركبها الا الى اجل بعيد بشرط وقف الثمن لاختبار انكشاف الماء وحصول الدابة
سالمة لان البيع يقتضي لزامه تعلقه بعوض واستقبال تغرر بهما بامر هما ان العوضان

في مسئلة ابن رشد فالملك لان الارض حاملة في ملك مكريها فهي تعذر بعقد الاجارة
لتعذر عوض فيهما حالين وكذا في الراحلة المعينة والغرر انما تعلق بصفة العوض وهو انكشاف
الماء عن ابن رشد واستتار سلامة الراحلة ومما خالف فيه غير ذلك العوض والغرر في
صورة النسل متعلق بذات المبيع ومثله تعسر النسل المسلم فيه لعدم تقرره في ملك البائع
له بحيث العقد عليه ولا يلزم من الغاء الغرر المتعلق بامر خارج عن ذات العوض الغاء الغرر
المتعلق بذات العوض قاله ابن عرفة وانما قال اشهب اذا قبض المسلم بعض المسلم
فيه فجميع الحاجة ونبه فيمن غصب شيئا فلم يجد مثله فيخير ربه في تاخيره فيوجد مثله
وتغريمه قيمته مع ان الجاري على اصله في السلم ان يغرم له القيمة ولا يخيره في تاخيره للخروج
العوض من يده في السلم باختياره فامكنت تهمته وفي الغصب بغير اختياره فيعذر
وانما قال مالك في سماع اشهب وابن نافع فيمن اسلم له في ضحايا بالبادية يأتي بها للاضحى
فلم يات بها الا بعد خروج ايام النحر فكلا بعد للشتاء فيأتي بها للصيف والضحى لياتي بها في ابانه
يحملوا فيه فيأتي بعد ذلك ان على المشتري قبولها ذلك بخلاف المكري للحج يأتي للحج بعد
ان منفعة الحج مخصوصة بايام معينة ومنفعة الضحايا انما نماؤ وفي تفصيل في غير
ابانه وانما قالوا فيمن اسلم في نوع من الثمار له ان يجعل وقد اخره البائع عن وقته
ان له الخيار في ان يفسخ ويأخذ ثمنه او يبقيه الى ابانه الثاني ولم يقولوا في المكتري
دخل الحج اذا وعده الجمال ثم اتلف ان المكتري بالخيار لان المكتري ان شاء ترك وركب
والا اكرى من غيره ولا كذلك في السلم فان عليه في الصبر الى قابل الضرر وانما
قيل عن ابن عمر وغيره اذا اسلم جزار في اللحم فيفلس او مات انه يرجع عليه بقيمة
راس المال واذا اسلم الى حناط في قمح ثم مات انه يرجع في تركته لان الحناط لا صنعة
له في القمح بخلاف الجزار فان قطع اللحم صنعة ومن عرف فيها سبب لان اللحم لما كان
يفتقر الى صنعة وهو تقطيع اللحم كان ذلك بمنزلة السلعة المعينة اذا تعذر تسليمها
للمشتري وفيه من توهينه ان البيع ينفسخ ويرجع بالثمن وان فوت المعقود رجع بقيمة الثمن
وانما قالوا اذا مات المسلم اليه في ذوات الابل بان قيل ان يأتي بان وقام على تركته عن وقته
انه يضرب للمسلم بقيمة الشيء الذي اسلم فيه في وقته على ما يعرف منه في اغلب الاحوال

من غلاء أو رخص فيتوقف ما مازال في الجعالة حتى يأتي أن يأتي فيتشهد ليد ما أسلم
فيه فإن يعلن ما وقع لديه زمان الوقوف كان من المسلم إليه ولا يحكموا فيهما بما قال
ابن القاسم فيما وقع للغرماء من مال المفلس لأن مسألة المسلم لم يحل الأجل فيهما لكون
الأجل بأن لم يأت فلم يتمكن المشتري من قبضه بوجه ولو حل الأجل لجرى فيهما حكم ما وقع للغرماء
من مال المفلس والله أعلم قاله ابن عبد السلام وإنما أجازوا للكفيل في قول شراء
أكثر من أمر قاله من المكفول عنه لأنه أجنبي وقالوا فيمن أسلم لرجلين بعضهما حميل عن بعض
في يجوز أن يقيل أحدهما فجعلوا الإقالة أحدهما سلفا في أحكام الحمالة بمن بها الزبير وأحميل
الجعالة بلا فيه بخلاف شراء الكفيل فإنما منشئه حكم للكفيل يكونه كالغريم إلا مجموع
المركب من الحمالة وبقاء حكم كلتيهما وهو في النهج مشع وأيضا الرابع أقال أخذوا
دفع من غيره من دفع إليه أولا وإنما قال في الكتاب إذا أقاله فأحالك بالثمن فقبضته
قبل أن تفارق الذي أقلته جاز ولو وكل البائع من يدفع رأس المال وذهب أو وكلت أنت
من يقبضه وذهبت فإن قبضه وكيلك عنه أو قبضته أنت من وكيله مكانهما قبل التفرق جاز
وإن تأخر لم يجز وكذا ينبغي على هذا في الحوالة والجواز إذا قبضت من الذي أحالك عليه
قبل مفارقته وإن فارقت الذي أحالك لأن ذمة الحميل بريئة بالحوالة قبل القبض وتثبت الفرقة
في الوكالة لا تبرأ ذمة الموكل إلا بالقبض ووكيله يقوم مقامه فلا فرقة قاله ابن
محرز وغيره تنبيه قال ابن محرز أيضا ما تكون فيه الجناية في العروض ثم أثبت قاله في
الإقالة والتولية فيه ثم الإقالة من العروض وفيه الربا في الدين ثم بيع الدين بالدين فيه
وإنما منع في المدونة أخذ محموله من سمراء بعد الأجل من الكفيل وأجاز من الغريم
أخذ ما من الغريم في الكفيل بيع إذ لا يرجع بما أدى وإنما أجاز مالك لبنا معجلا
بشاة لبون إلى أجل ومنع جواز صوف معجلة بشاة عليها صوف إلى أجل لأن الصوف
سلعة فيكون كصوف بصوف إلى أجل وزيادة قاله عبد الحق

فروق كتاب البيوع

وإنما صح في المدونة بيع المسلم من الكافر بعد الوقوع وأجبر على بيعه ولم يصح بيع
الدينار مع درهم بدينار بل فسخه بعد الوقوع ولم يقل يباع على مشتريه وإجماع اتفاق

الملك الى عدوه والتحليف لان الدين يتعذر بيعه غالبا بخلاف المسلم والمصحف وانما
يلزم السكران كالطلاق والقتل ولا يلزمه بيعه لان البيع لو لزمه ادى الى ان يفعل له شيء
من الجدال لشرح حرص الناس على اخذ ما بيده وكثرة وقوعه بسكره دون الجاد وحسما
للذريعة ولا كذلك كالطلاق والقتل وغيرهما الى مما يتعلق به الحق لغيره فانه لو لم
نعتبره لتساكر الناس ليتخلصوا من اقوال الناس وازواجهم وانما قال في المدونة اذا
ورثه الغاصب ما غصبه بعد ان باعه له نقض البيع ولو اشتراه لم يكن له نقضه لان
الوارث يجبر على بيع البائع على موروثه بما له ما كان له لقوله عليه الصلاة والسلام
من مات عن حق فلورثته والمشتري متسبب في امضاء فعله فليس له ان ينقضه وانما
قال احمد بن خالد ان وقع بيع المغصوب فانه يفسخ ابدا ولو فات بخلاف بيع الآبق
فانه يفسخ ما لم يفت لان بيع الآبق وقع باختيار ربه فتحققت حقيقة البيع بتحقق كل
اركانه والبائع في الغصب غير محقق اختياره لانه مكره فاختل ركن البيع فصار المبيع
كالمعدوم تنبيه قال ابن رشد رحمه الله في نوازله نحو ابن حبيب في واضحته على ان
هذا البيع بعينه فات تصحيح البيع الفاسد هو مذهب مالك وكل اصحابه وقول احمد بن
خالد خارج عنه والقول به على مذهب مالك خطأ ظاهر وانما منع ابن القاسم بيع
شاة واستثناء ثلثيها وزنا واجاز بيع الصبرة والثمرة واستثناء قدر ثلثيهما كيلا
لان الصبرة مرئية فيقل الغرر ولا كذلك الشاة وانما منع شراء ثمر الحائط كيلا على
تركه ليبيس تمرا وجوز شراءه جزافا على ذلك لان ضمان المكيل من بائعه فيما قل او كثر والجزاف
لا ضمان على البائع فيه الا في ضمان الجائحة فكان الغرر في الجزاف يسيرا فلم يمنع صحة البيع
وكثر في المكيل فمنع ونعتبر هذا المعنى بجواز النقد في عهدة السنة لقلة الغرر وكراهته
في عهدة الثلاث لكثرته تنبيه قال ابن عرفة رحمه الله في هذا التفريق نظر لان
الضمان متى قل في حق البائع كثر في حق المشتري وكذا العكس بل اوجب الكثرة الغرر لنزوع
مكلفه لترك فكلفته ولاجل هذا ومثله ابن بشير في هذه المسألة فاعتقد المذهب على عكس
ما نقله ابن محرز فقال ما نصه وعلى ان يجوز ان يشتري بعد الزهو ويشترط اخذه تمرا او
ان اشترى مكيلة فيجوز ذلك وان اشترى جملة الحائط فلا يجوز والفرق كثرة الغرر

مع شراء الجملة لأن الثمار من المشتري لا حكم لها فيها وقلة الغرر إذا اشترى وكيلة
لأن الثمار من البائع وأراد اللخمي المساواة بينهما وليس كما قال وإنما اعتبر فيه
المذهب منحة النور دون العلوس لأن منحة العلوس يسيرة فلم تؤثر بخلاف منحة النور
وإنما أجاز مالك للبائع أن يستثني ثمر نخلات أو خمسا من حائطه بعد أن وقف فيها
أن يعين ليلة ومنع ذلك للمبتاع لأن البائع يعلم قبل بيعه جيدها فيكمد مرده به فكان
مستثناه معلوما فلا يشغل ضمنه قال في تهذيب الطالب واختار قول ذلك غير واحد
من أهل النظر وكمعر بعض الغرويين فيما عرفناه به فإنه لو كان البائع يعلم ذلك قبل
بيعه لعين ما استثناه ولم يثبت له اختيار هـ ولم يذكر عبد الحق والمازري جوابا محققا
وأجاب ابن عرفة بأن علم البائع المدعى تقدمه مع الكثرة الذي هو مكنة لاختياره لما يختاره لا
يذكر فيه موجب اختياره لتقدم علمه المذكور فلا يشغل عنه لغيره إنه لا اعتقاد الجازم
الموجب لتعيين المستثنى بل الكثرة مشعبة عن الاستثناء وإنما قال ابن حبيب إن بادر
المشتري البائع في بيع المساومة دون الجلاب لم يلزمه بعد ذلك بخلاف بيع المرابحة فإنه
يلزمه ما أعطى بعد الافتراق لأن المشتري إنما بادر فيه في المرابحة على أنه استوجب التبيع
ضمنه قال المازري رحمه الله لا وجه لهذه التفرقة إلا الرجوع إلى العوائد ولو شرط
المشتري أنه يلزمه الشراء في الحال قبل المفارقة أو اشترط البائع لزومه وأنه لا يختلف
في أن يعقد على غيره إذا معلوما أو في حكم معلوم للزمه الحكم بالشرط إلا في بيع المساومة
والمرابحة اتفاقا وإنما افترقا للعادة حسبما علل به ابن حبيب التفرقة بينهما قال ولعله
ينبني على أن بعض العلماء ألزم المشتري سواء في بيع المرابحة البيع بعد الافتراق
وكأنه عادته تم البيع وعلى غيره أجاب أعني يكتم من قول ابن حبيب وحكايته عن الله
ينبني على هذا الأجل ومقتضى جواب ابن عرفة والعادة عندنا اللزوم كالقرب بعد
زمن المبايعة حسبما تقرر فرده ذلك عند غيرهم وإن قرن أخذ أن يعود السلعة لبيتي
في يد المبتاع فإن كانت بيده موقوفة فيه فيه نظر والأقرب اللزوم كقوله إن بعد زمن
مضى الخيار والسلعة في يد البائع والخيار للمبتاع فهي فيها للمبتاع إنه إن عرف في
بيع المرابحة أنه لا يتم البيع ولو طال مكثها بيد المبتاع إنه ينقض ابتياعه وإنما

احترازا

قال في الكتاب اذا بعته طعاما بثمن الى اجل فلا باس ان تاخذ منه بالثمن طعاما
مثله في صفته وكيله ان محمولة فمحمولة وان سمراء فسمراء وقاله وان افترقتما فمحمولة
جاز قدر ما اخذ مثل كيلها سمراء بعد ان حل الاجل ولا خير فيه قبله لان بيع الطعام
بالطعام الى اجل ممنوع ومن لازم اخذه في القرض قبل حلول اجله وثمن للاجل فاير ومنه
لازم اخذه في بيع الطعام وانما مع البيع بالشفاعة شرط السلف على المشهور
ولم يمض باسقاط الشرط النقد في الخيار على المشهور لان الفساد في شرط النقد واقع
في المصاحبة لانه غرر في الثمن الا ترى ان المقبوض لا يدري اثمن هو ام سلف ومسئلة
شرط السلف الفساد فيها موهوم وخارج عن الماهية وانما منع ان يبيع حاضر
لباد ولا يمنع ان يشتري له لان البدوي عند الشراء حصل له الثمن وعليه الضرر ان ترك
الشراء له فيحيف فيما دفع فيه الا عارف ومن الثمن بخلاف ما باعوه فانما قصدوا فيه
لانهم على الغالب يوتون به بغير ثمن يدفعونه فيه او بثمن يسير وانما قال ابن
القاسم في الهبة للثواب اذا فات عند الموهوب قبل ان يثيب عليها ثم رجعت اليه
ان القيمة قد لزمته ومن بيع ذلك ومن البيع الفاسد لان الموهوب له له ان يلتزم الهبة
بقيمتها وان لم تفت فلما سقط عنه فيها بالبيع كان ذلك اختيارا منه للقيمة و البيع
الفاسد ليس كذلك اذ هما مغلوبان على فسخه فاذا رجعت اليه فسخ بيعه ما لم يكونا قد
تراجعا للقيمة او فاتت بشيء من وجوه الفوت وانما جعل مالك وابن القاسم نقل
العروض من بلد الى بلد في البيع الفاسد فوتا ولم يجعل نقل الرقيق من بلد الى بلد فوتا اذا لم
تتغير في سوق لان الرقيق لا كلفة في نقله من بلد الى بلد لانه يمشي بخلاف العروض فانه
يتكلف الكراء عليها وانما جاز البيع على رؤية غائب غيبة بعيدة ولا يجوز على حمل
غائب غيبة بعيدة لان الرؤية لا يمنع من بعده اذا وجدت السلعة موصوفة فان وجد
الرؤية تم البيع وان لم يوجد كان بالخيار ان شاء امضى البيع بلا رؤية وان شاء
رده بخلاف غيبة الحمل لانه كمن اشترى خبار غائب بعيد الغيبة وانما جاز البيع
على حمل بعينه ان كان حاضرا او قريب الغيبة ولا يجوز النكاح عليه ابدا اذا كان هذا
لان النكاح لا يجوز على ان لم يرد الحمل فلا نكاح بينهما اذ لا خيار في نكاح وانما قال محمد

ابن المواز فيمن ابتاع عبدا واستثنى ماله وله جارية رهنها المبتاع ان فلسهما يسمى
للعبد ولو كانت حاملا فمنه جنين تبع له ولو رهنها للبائع اذ لبس لماله ولا يفسخ البيع
ولم يعرف فيهما ولو استثنى ماله وفيه عبد اجمع جارية ذلك لان ابن بوا لكامن عزو ده
فلا يفسخ من الثمر والجارية وعينه فلها حصة من الثمن فلا يجوز بيع امة استثنى البائع
حملها مع انعقاده على تبعية الولد فيها فانه عند العمري فتنبيه قال ابن عرفة رحمه
الله تبع فيه بان الجارية لها حصة من الثمن مثلا قول المدونة في شراء الغائب وفي
الجعالات ويتبع فيه بان في الجارية بمعرفة بين الدم ولو رهنها هراب به يجاب عن مقارنة
محمد في توقفه مع اجازة ابن القاسم في امهات الاولاد شراء الولد وجنة الحامل
منه من ابيه لان استثناء الولد فيها للحرية والمعرفة بالحرية جايزة حسبما في التجارة
الى ارض الحرب فيها ولم يذكرا لما زرى في كون قال العبد لا حصة له من الثمن فلا بد وفيما
ذكره اللخمي قال لا ابن القاسم في كتاب المولاة انه يزاد في الثمن لاجله وانما جعلوا
خلفة القصيل والثمرة ماجور وقال العبد لا يدخل في عقد الشراء الا بالشرط والنخل يدخل
بغير ثمن فيما مال الثمن ولا يدخل ثمن لعطف العبد المال ولا ثمن القصيل لخلفة قال له
عبد الحق وانما اتفقوا على جواز شراء القصيل على ويحمل على الجز في الحال بل في
التبقية واختلفوا في شراء الثمر قبل بدو الصلاح مع الاطلاق فالجواز والمنع لان العادة
لم تجر في القصيل على التبقية بخلاف الثمرة قاله الشيخ ابو الحسن الصغير وانما قال
ابن القاسم هو الذي له سنون تغيب عنه الربع والعقار في البيع الفاسد لا يفيت الربع والعقا
لا ان الرباع انما يبتغى فيها القنية ولا يطلب النماء فيها بزيادة الا في سنوات وتقصها فلا
تؤثر فيها وما عدى ذلك من العروض انما يبتغى للتجارة ويطلب النماء فيها فيعتبر زيادة
الا ثمانا ونقصها نما وانما قال في الكتاب لم يجوز لرب الزرع بيعه حملا وعليه الدين
فيما له عليه من الدين قبل ان يجد اذا كان العمل يسيرا او كثيرا الا ان جل اذا اجل بين قلده
بيع الزرع في الدين وقبل الا ان بعد انما هو الدين بالدين اوسع من فسخ الدين في الدين قاله
ابن يونس وانما اجاز في المدونة لمن باع امة وله منها ولد صغير ان يشترط عليهم
نفقة وتبعته سنة اذا كان ارتياب الضمان معوا الا اخرى وقال في الكتاب

ومكر

يجوز أن يشتري عليهما إن فات الولد أن يوتى بغيره لأن مسئلة ابن القاسم فيه الغرر وفيهما
فلا يمنع لا فداء إن انضاف الى الاجل خاصة وهو بيع الآبق والغرر في مسئلة الكتابة انفرد
فلذلك لم يجز كقول مالك في بيع لبن شاة جزافا شهرا انه لا يجوز وأجاز كراء
ناقة شهرا واستثناء حلابها فالغرر اذا انفرد بخلاف ما اذا انضاف الى الاجل يكون تبعا
له وأصل هذا أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها
لأن فيه غررا وقال من باع نخلا وفيها ثمر قد أبر فثمرها للبائع إلا أن يشترطه المبتاع
فأجاز اشتراطها لما انضاف الى الاصل ومنع من بيعه اذا انفرد واجمعت الامة على بيع
الجبة المحشوة وإن لم ير قطنها ولا يجوز بيع قطنها مفردا وهو محشو فيها تنبيه
قال ابن أبي زمنين كان سحنون يعيب مسئلة ابن القاسم هذه ويقول لا يجوز هذا البيع لأنه
على وجه الغرر ومثل أن يبيعها عليه السلطان في دين أو كراء أن تباع على عتق الضرورة
لأن المبتاع لما احتاج يضر بها وتكلف للصبي المؤنة ولا يدري فيه بذلك غرر
وقال ابو إسحاق وقوله ابن القاسم صواب وإنما أراد أن الرضاع مضمون على المشتري
وليس في عين الامة المبيعة لأن كون الرضاع في عين الامة المبيعة يؤدي الى فساد
البيع لأن المشتري يصير غير قادر على التصرف فيها وتصير محبوسة عليه الى فراغ الرضاع
وهذا لا يجوز وإنما قال في الكتاب يشترط في الاكرية صاحب الراتبة بالرضيع ويكون
مضي يوم أخذ بقدر أجره من المكتري وفي البيع لا يبرأ صاحب السلعة إلا بتسليم العوض للمكتري
لا يكن بتصرف وجه الثمن لأنه انما يقتضي شيئا بغير شيء بخلاف السلعة المعينة قال ابن
اللخمي تنبيه تعقب ابن عرفة ما زعمه اللخمي هذا لأنه لو كان تسرية المكتري الكل المكتري
لوجب على الزوج لما أمكن قبضه العوض لعكس هذا وقيل إنه يلزم المكتري بأن يسلم ويتابع
وابنه أول النهار لا خلاف خبر غرضهما لا آخر النهار وإذا بطل تعليل تسرية المكري بإمكان
تغير كونه لأجل أنه بائع فيعتبر كونه كذلك في كل بائع ويؤكده أن على بائع السلعة
للأجل تسليمها وإن كان لا يقبض عوضها الا للأجل فإن رضي به من التأجيل فكذلك المكتري
لعلمه إنما ابتاع منه من انما بيع لا يمكن قبضها دفعة واحدة وإنما قال ابن القاسم
اذا رجع المبيع ينتقل فإن هذا الى مشتريه بغير نفقة أباه ينتقل معها بشرط ان ارث

او زاد بعيب او هبة من تبع الفوات واذا باع الموهوب له هبة الثواب ثم اشتراها
لم يرد على الزائد من قيمتها لان زاد الهبة اختيار في قيمتها دليل الشراء فيمينهما وزاد العاصمي
جبرهم وتبعهم على نقله انه يخير على رفع الفسخ قاله القروي تنبيه قال عياض
في هذا الفرق نظر وقال ابن عرفة النكر في الرجوع والاظهر وفي جبر له نظر وانما قال في
الكتاب اذا تغير سوق السلعة ثم عادت لم ترد واذا عادت اليه بغير بيعها ببيع او
غيره ردت لان الربح حال سوقها ثم رجع انما رجعت سوق اخرى كالاول وفي البيع عادت
لعين الملك الاول قاله الغلابي وزاد ابن محرز وقال القراب الجمع بينهما وايضا
حوالة الاسواق لتغير في عين السلعة لان المقصود ثمن السلعة واما خروج السلعة
من يد المشتري فليس بتغير في السلعة ولا شبيه به وانما هو مانع من ردها على ربها
البائع الاول فاذا زال ذلك المانع بعودها الى يد مشتريها وجب ان يتوجه
الحكم بالفسخ في عينها لقيام سببه وهو فساد البيع وزوال المانع قاله ابن عمران
واستغربه ابن عبد السلام ورده بعض كبار الشيوخ مثل الاول وايضا حوالة
الاسواق ليست من فعل المشتري والبيع من فعله فيتهم ان يكون قصد الى التفويت قاله
عند القروي لابن بشير بالفوت فرق المسألة فيما اذا عادت اليه بميراث ولا تهمة في الميراث
وانما قال في الكتاب اذا اشترى سلعة فاشرك فيها رجلا بنصفها ثم ان البائع
حط عن المشتري انه يحط عن شريكه نصف ما حط عنه على ما احب او كره واذا ولى سلعة
اشتراها ثم حط عنه بائعها من ثمنها فانه بالخيار ان دفع عن المولى ان دفع لزم البيع
للمولى وان ابى فسخ هو رد مما كبيع المرابحة لان الشريك لما صار بشركته مماثلا للمبتاع في
ابتياعه والبيع ضرورة مساوات له فيما يعرض للمبيع للعروض من تلف ونماء وهبة
ربح لزم مماثلته في اسقاطها فيه الوضيعة الكائنة لاستصلاح البيع ولما لم يكن المولى
للمولي كذلك لم يلزم فيه ذلك وصار كمبتاع ذلك البيع مرابحة فوجب مثله قاله
ابن عرفة رحمه الله تنبيه قال ابن محرز يحتمل انه اراد الشركة الجبرية فيصير
كالشفعة في وجوب طرح ما وقع عن المشتري عن الشفيع وان لم يكن كذلك فلا اعلم
بين الشركة والتولية وانما اوجبوا الخيار في المرابحة كالتولية واوجبوا الوضيعة

في الشركة كان المرابحة فكذا بيسة والشركة معروف قاله ابن القاسم في الكتاب وارتضاه
ابن رشد وانما قالوا اذا اشترى الزرع على الجذ ثم اشترى الارض فان له ان يبقي
الزرع في الارض ولو اشتراهما على التبقية ثم اشترى الارض لم يكن له ان يبقيهما لان
عقد الثمرة فاسد في الثانية كالاول تنبيه ولو اشترى ورثة الارض بعد ذلك
جاز له التبقية قاله فاتك لان الثمرة اذا فسخ بيعهما رجعت اليه بالارث وانما
لم يجز له ان يبقي الزرع حتى يبدو صلاحه اذا اشتراه على الجذ ثم اشترى الارض ويجوز له
ذلك في الثمرة اذا اشتراها على الجذ ثم اشترى الاصل لان ملك الاول لم يملك الارض
والثانية فرقت الامرين لو ملك الاول الارض لكان كالثمرة وانما جعل ابن
القاسم قطع الثوب المغلوط في ثمنه في المرابحة فوتا وقال فيمن اشترى ثوبا بغلط
البائع فيما اعطاه غيره فقطعه المشتري انه يرده ولا شيء عليه في قطعه فلم يجعل
القطع فوتا لان ثوب الكذب في المرابحة لو هلك بعد القطع ببينة لكان هلاكه من
بايعه ولو هلك ثوب الغلط ببينة كان ضمانه من قاله ابن الكاتب وايضا
القطع في بيع المرابحة وقع في بعض ما وقع العقد عليه واشتغال ذمة المشتري
بالثمن لانه بيع صحيح فاسد بتعيينه حوالة ابن شلبون فالقطع احداث بعينه والذي
قطع ثوب الغلط انما قطع ثوب غيره ولم يقع فيه مبايعة والبائع مسلط للمبتاع
على قطعه فلم يكن عليه شيء وكان له ان يقطعه من غير بيع قاله ابن يونس وانما قال
مالك لا يجوز بيع الآبق والجمل الشارد ويجوز بيع ملك الغير ويوقف على اجازة ربه
وفي كلا الموضعين الغرر لان الآبق والشارد غير مقطوع بوجودهما حال العقد ولا
مقدور على تسليمهما فلم يجز بيعهما وليس كذلك بيع ملك الغير لانه موجود حال العقد
ووقوف البيع على اجازة ربه لا يمنع جوازه لانه كالخيار الذي لا يمنع صحة البيع
تنبيه ضعف بعض الشيوخ هذا الفرق وقال قوله في ملك الغير انه موجود ان
اراد انه موجود في نفسه فكذلك الآبق هو موجود في نفسه وليس هذا الوجود
اعتبار وانما الاعتبار بوجوده ذلك بيد البائع وذلك مفقود في الوجهين
فلا فرق وقال بعض الفقهاء الاجود ان يقال ان بيع الآبق والجمل الشارد انما لم يجز

على ملك ربه لانه في حكم التلف وما مر في سبيله لا يجب فيه وليس كذلك بيع الغير
لان معنى التغشي غير موجود فيه وانما قال مالك اذا بيع ملك الغير ووقف البيع
على اجازة ربه فان فات ربه ما شغل المبيع الى ان باع كان له من الرد والامضاء ما
كان له لكه واذا ابتاع العبد شيئا مما يملكه وقف البيع على اجازة سيده فان اعتقه
قبل علمه بذلك لزمه البيع ولم يكن له خيار وفي كلام المؤلف ان البيع موقوف على
ان جازه لان العبد انما منع من امضاء البيع لحق السيد فاذا عتق زال حقه من المنع
منه والمه وليس كذلك بيع ملك الغير لانه موقوف على اذنه فاذا فات اشتغل الذي
اشترى المبيع فيثبت له من ذلك ما كان ثابتا لمالكه وكان له ان يجيز او يرد لانه
يجيز ملك له او لا يحلل العبد فافترقا وانما قال مالك فيمن باع دابة واستثنى
ركوبها ان كان يسيرا مثل اليوم واليومين جاز وان كان كثيرا لم يجز ولو شرط المشتري
ركوبه جاز قليلا كان او كثيرا وفي كلام المؤلف ان كل ركوب منه الى البيع لان البائع
اذا استثنى الركوب الكثير دخل البيع الغرر لان المشتري لا يتسلم الدابة الا بعد
ان يتغير من اجل الركوب فيدخلها التغيير وهي باقية على ملكه وليس كذلك اذا اشترط
الركوب لان المشتري يتسلم الدابة انما يجعل ذلك اجارة وبيعا والاجارة والبيع
يجوز اجتماعهما في ما عقد ثمن غير مثنا فيتميز وانما قال مالك يجوز بيع الشاة
واستثناء اكارعها في السفر ولا يجوز ذلك في الحضر وفي كلام المؤلف فيقول وجه
ان استثناء الاكارع لان السفر لا قيمة للاكارع فيه فيحمل كالمتروك لا حكم له وفي الحضر
لها قيمة فبان من خلال ذلك الحكم لها. وانما قال مالك يجوز تراب المعدن ولا يجوز
بيع تراب الصاغة وفي كلام المؤلف ان المشتري المرئية لا رقا في تراب المعادن من
الذهب معروف عند اهل الشأن وتراب الصاغة لا يعلم ما فيه وايضا تراب المعدن
لم يدخله غش لانه صنعة الخالق سبحانه وتعالى وتراب الصاغة يدخله الغش
لانه صنعة مخلوق وفيه تهمة وانما قال مالك يجوز بيع تراب المعدن ولا يجوز بيع
الغربلة وما يبيع ما يخرج من المعدن في اليوم وفي كلام المؤلف فهو تراب معدن في
الغربلة مجهولة غير معروفة لانه لا يعلم ما يخرج في ذلك اليوم وليس الامر كذلك

بيع

في التراب للآية وغلوه بثمن مجهول وإنما يلزم البيع من باع حجرا بكفه بثمن يافوتة
فإذا هو ثمين يافوت ولا يلزمه إذا قد رأى إخراج ثوب بدينار فأخرج ثوبا
بان بعد ذا ثمينا لأن الأول جهل وهم ولم يشك من يعلم ما هو والثاني غالط
والغلط لا يكون إلا في وقته فيحلف ويأخذ ثوبه أو يأتي ببينة بإقرار مقره ابن رشد أو
أشهاد قوم على ما هو أن البيع في هذا يتبين ويشهد ذلك قاله ابن رشد وإنما لم
يشغل الثمار التي اشتري المكيلات والموزونات إلا بالكيل والوزن ويشغل التبيع
بثمنها بالعقد الصحيح لأن البيع إذا كان كيلا أو موزونا لا يتميز عن ملك البائع
إلا بالكيل أو الوزن ولا يعلم مبلغ ما باع بخلاف العبد والثوب مثلا فإنهما يتميزان
بذاتيهما وآخرا هما وإنما قال مالك في مختصر ابن شعبان فيمن اشترى سلعة
والمشتري من البلد مليا معروفا أن الثمن منه إذا بقيت السلعة بيد البائع حتى
ملكت وإن كان غريبا فقيرا فالثمن من البائع لأن المشتري إذا كان مليا معروفا
فإبقاء السلعة بيد البائع إنما كان باختياره فصار كمودع عند بائعها وإذا
كان فقيرا لم يمنع منه حتى يدفع الثمن فإن المنع فيها من قبل البائع فكان ضمانها
منه فتضمينه هذا الذي نقلناه هنا عن مالك في مختصر ابن شعبان ذكره نقله القرافي
في كتاب الترتيب من شرح التلقين وعكس اللخمي النقل والتوجيه فانظره وإنما كان
المذهب في المرأة تقاطع زوجها بخمر أو خنزير أو جنين في بطن أمه فإنها تنفذ المخالعة
ويرتفع عقد النكاح ويرجع أن الزوج إنما تعلم وتحقق بأنه إنما ترك شيئا زوجته
وباع منفعة متاع بضعها بلا بدلية له لأن الكلام إذا وقع وبانت الزوجة لم يحل
التراجع على التراجع واشتباه الوجه من غير نفوذه الشرعية بخلاف المبايعات
فإنها عقود مالية إذ كل واحد من العوضين فيها مال للآخر والخلع ليس من العقود
المالية المحضة ولهذا أجيز وأمضى عقده بغرر وبكل ما لا يجوز في عقود المعاوضات
وإنما ملك لم يعد ابن عوافر في الخلع بخلاف لم يعد ابن عوافر في البيع وأيضا
فرقة الفروق في الذي ابن خيثمة من فرقة ابن موال وإنما قال مالك إذا قرضه
كعكا ما عنده الراجل فأتاه به قبل الأجل جاز يلزمه أخذه ولا يلزمه في السلم أخذه قبل حله

أمل

ابن جلون وفي كلام المؤلف نظر بالنسبة لما كانت مشغلة بيد بن ان الاجل في القرض حق للمستقرض
دون المقرض فاذا ادعى ذلك قبل حلول الاجل وتعذر ناسيا شغله عنه فلا يلزم ربا الحال الآخر
للانه لا حلول في الاجل والاجل في السلم حق للجميع المسلم والمسلم اليه فاذا اختار
احدهما اشغال ذمته لم يلزم الآخر اشغال ذمته تنبيه فان قيل من اين كان الاجل
في حق للمقرض دون المقرض وفي السلم حق للجميع قيل لان المنفعة للمقرض دون المقرض
ابن تزواند مثل علة فيه المنفعة للمقرض ثم فهل كان الاجل حقا له والمنفعة
في السلم للجميع لانه انما يسلم اليه لما يرجوه من نفع وتلك السلعة بتغير الاسواق
ويشح المسلم اليه بتقديم المسلم الثمن وكل واحد منهما له منفعة وايضا فانما قدم
الثمن ليشتري ذلك السلعة اذا اتته عند حلول الاجل فاذا قدمنا قبله بكل منزلة
القرض وانما قالوا في القرض كعافلا او عرضا او حيوانا ولفي المستقرض في بلد
القرض يجوز اتفاقهما على القضاء بعد حلول الاجل ثم وان كان القرض نقودا جاز قبل
حلول الاجل وبعده اذا كان مثل او اكثر من غير زيادة ولا نقصان بل يجبر ربا الحال
على ذلك قال لم يكن هناك خوف كمن فلا يجب عليه في الضرورة لان النقود
وان اختلفت البلدان فسعرها واحد على غالب احوالها وان نقصت يسيرا قال الشارح
لم يكن له والعروض والحيوان والطعام يختلف سعرها باختلاف البلدان فمنع من
اخذه قبل حلول الاجل في غير المكان الذي اخذه فيه لما يتوقى ويتوقع من ضع وتعجل وحط
عني الضمان وازيدك ان كانت من بيع ومن هنا يستنبط لك معنى قولهم لا ضمان في الغش
والله اعلم تنبيه ذهب ابو اسحاق والتونسي الى ان له تعجيل العروض ولو كانت
من بيع اذا كانت على الصفة عند قرب حلولها بن زهو الى الاسواق ولا تكون على البلد
اذ ابقى للحلول اليوم واليومان والثلاثة يدل على ذلك عموم جواز السلم الى مثل ذلك
الاجل في البلد الواحد على المشهور وانما قال مالك اذا اقرض له شيئا ثم رد اليه افضل
منه جاز وان رد اليه ازيد منه لم يجز وفي كلام المؤلف نظر وعن النقل كان الزيادة
في العدد تخرج عن حد المماثلة وليس كذلك تغير الصفة لان المماثلة حاصلة معه والدليل
لهذا ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه استقرض بكرا ورد جملا رباعيا افضل مما اخذ

وأيضا فإن الثمرة تفوت في الزيادة في الثمن ولا تفوت في الصفقة والله أعلم وإنما
قالوا إذا اشترى طعاما ثم شارك فيه ثم تلف قبل القبض لزم منهما إذا اشترى الأول
جزافا وإذا اشترى طعاما ثم ولاه غيره فيملك فإن الثمار من المولى خرج له من الجميع والشركة
بينهما والمولى فيها وإنما جوزوا الإقالة بلفظ التولية ولم يجوزوا الإقالة والتولية
بلفظ البيع لأن التولية والإقالة من الألفاظ الدالة على المعروف والبيع ليس كذلك
فناب اللفظ عن الآخر في الإقالة والتولية ولا ينوب لفظ البيع عن لفظ الإقالة
لاختلاف أحكامهما وإنما لم يوضع إلا قدر الثلث من جائحة السماء ويوضع من العطش
القليل والكثير لأن ما جاء من جهة البرد و والجراد أمر دخل عليه المشتري أن يسقط
منه القليل ويأكل منه الطير إذ لا يكاد ينفك عن ذلك ونقصان الشرب لم يدخل عليه
وإنما دخل على استيفائه بالسقي فإذا نقص أسقط عنه إذ للبائع في ذلك كسب بخلاف
آفات السماء لأنه لا كسب له في ذلك فلذلك وضع الثلث ولم يوضع ما دون ذلك
والله أعلم وإنما توضع جائحة البقل وإن قلت ولا يوضع من جوائح الثمار إلا ما
كان قدر الثلث لأن غالب جائحة البقل إنما لا تكون إلا من العطش واستبعده ابن عبد
السلام وأيضا البقل لا يتوصل إلى معرفة ثلثه لأنه يجز أولا فأولا ولا يكاد ينضبط
قدر ما يذهب منه أعني الثلث فوجب أن يوضع قليل ذلك وكثيره قاله ابن محرز
وإنما قالوا في الشجرة المزهية إذا اشتريت مع الأصل كانت تبعا له أو غير تبع لأنه
لا جائحة فيها وفي مكتري الدار يشترط ثمرة فيها إنما إن كانت غير تبع للكراء وكانت
حين العقد أزهت ففيها الجائحة لأن ثمرة الأصل المبيعة متكونة عن الأصول فتنزلت
منزلتها فكانت في حكم البيع لما هي منه والثمرة المضافة إلى كراء الدار لم يضف إلى ما هو فتكون
منه وتتنزل منزلته فلم يكن في حيز البيع إلا أن يكون يسيرا وإنما لزم المشتري ما بقي
بعد الجائحة وإن قل ولا يلزم الباقي في الاستحقاق لأن المشتري دخل على أن الجائحة
من أصل البيع بحيث تتبعض الصفقة الناشئة عن الجائحة قد دخل عليه والتبعيض
الناشئ عن الاستحقاق لم يدخل عليه فلذلك الأول منهما دون الثاني
وإنما قالوا إذا وقع البيع على الصفقة ثم تنازع البائع والمبتاع بعد حدوث

المبيع في صفته الذي سلم منه ثم وقع عليهما التحالف فرجع إلى القول قول المشتري في
وإذا اتفقا على رؤية تقدمت وتنازعا في بقائه على صفته أن القول قول البائع
لأن البيع في مسألة الرؤية معلق على بقاء صفة المبيع والأصل بقاؤه وهذا خلاف ما حكى
ابن شعبان بعض من زعم أن المشتري بخلاف المبيع على الصفة فإن الأصل عدمها وهو
قول هو القول المشتري وإنما اتفقوا فيما وقع على الصفة من غير اختبار إذا كانت
مصيبته قريبة ولا يجوز في الاختبار وإن قربت لأن الذي هلك في العروض أقوى منه في
الاختبار وإنما منع بيع الثوب المبلول بمثله وجاز بيع المشوي بالمشوي والقديد
بالقديد لأن البلل يكثر فيه الغرر بخلاف غيره ولأن اشتعاله به يتساويا غالبا
بخلاف الشيء فإنه لا يختلف في الغالب وفيه نظر وإنما قالوا إذا اجتمع في
صفقة واحدة البيع والسلف واشترط مشتري السلف شركته فسخ البيع وإذا
باع سلعة وخمرا فإن البيع لا يصح ولو أسقط الخمر لأن مشتري السلف في الأخرى وتركه
وإنما السلف لو كان أيضا على أنه لو شئت تركته فإن تركه جاز البيع
قاله القاضي أبو الوليد أيضا مشتري السلف لو تركه لم يجبر على الأخرى بخلاف
مشتري الخمر لأنه مشترط له ومن اشترى شيئا أجبر على قبضه قاله ابن زرقون وأيضا
البيع والسلف إنما لو اتفق كل واحد منهما لجاز والخمر لو انفرد ن وحده لم يحل
فإن الفساد في مسألة الخمر راجع إلى ماهية البيع لفساد المعقود عليه
بخلاف البيع والسلف فإن الفساد خارج عن الماهية قاله بعضهم وإنما قالوا
إذا كذب في بيع المرابحة يخير المشتري في قيام السلعة فإن شاء تمسك بجميع الثمن أو يرد
إلا أن يشاء البائع أن يحط عنه الزيادة وما ينوبها من الربح فيلزمه البيع وإذا غش
فيه فإن المشتري في قيام السلعة بالخيار فإن شاء تمسك بجميع الثمن أو رده وليس للبائع
أن يلزمها وإن حط عنه لأن ما ينوب الغش لا يتبين بخلاف الكذب قاله الشيخ أبو
الحسن الصغير وإنما منع بعضهم أن يشتري مثل الغنم كل شاة بدرهم ومثل الثياب كل ثوب
بدرهم إلا إذا علم عددها وجوز أن يشتري الصبرة كل قفيز بدرهم لأن الكيل غالب وعنده
من الكيل لا يحرزون فيلزم جزافا فجاز بيعه على هذا الوجه ابن عرفة. لم يعز جمعه عن

الجزاف ولا كذلك الثياب والشياه فإن منها لا يجوز بيعها جزافا وعددا ولا يجوز
تسمية ما لكل واحد عند الجزاف إذا لم يعرف عددها وإنما منع ابن المواز بيع الرقيق
والبز كل رأس بدرهم وكل ثوب بدرهم وأجاز ابن حبيب كل ذراع بدرهم كان الثياب يجوز
أن تباع جزافا بغير تسمية فأشبهت الصبرة والبز والرقيق لا يجوز بيعه جزافا بغير
عدد فلم يجز بيعه كذلك لأنه إنما يخرج بتسميته من كل رأس فانتفى غرر الجزاف
منه قاله ابن محرز وإنما أجاز ابن القاسم أن يكري الدابة على أن لا تقبض إلى
شهر إذا لم ينقده ومنع بيع السلعة على أن لا تقبض إلى أجل بعيد وإن لم ينقد لأن
منافع الدابة إنما تستوفى من بعد فلم يوجد بيعها لذلك ثمنا ولا كذلك الرقاب فإن ضمانها
من بائعها فلما اشترطا تأخير القبض صار كأنه أخذ ثمنا وإنما أجاز في المدونة
بيع الثوب بالثوب إلى أجل وجعله قرضا ولم يجز بيع الدرهم بالدرهم ولا الطعام
بالطعام إلى أجل وجعله قرضا لأن الدرهم بالدرهم والطعام بالطعام إلى أجل محل
النهي من الشارع على أن يمنع من التأخير بخلاف ثوب بثوب وأيضا المحرم في الربا نفس
التأخير فلذلك لم يجعله قرضا كما في الثياب لأن المحرم فيها سلف بزيادة أو ضمان
بجعل في أحد عليه والله أعلم تنبيه من هنا تعلم أن قرض الرباع لا بد من بيعه من
مبيعه وإنما الخلاف في غيره وفي المدونة إن أسلمت جزءا في مثله صفة وجنسا جهل
فهو قرض إن ابتغيت نفع الذي قبضته وإن ابتغيت نفع نفسك رد السلف اللخمي اختلف
إن قصد في القرض في الثوب بيعه بمثله فقال مالك وابن القاسم وغيرهما ذلك فاسد
وأجازه في سماع أصبغ وعلى الأول يمضي في قيمته ونحوه كبيع فاسد ومن هنا تعلم أن ما
أفتى به بعض فقهاء تلمسان من أصحابنا سنة ثلاث وستين وثمانمائة من جواز بيع
كل من عنده بمثله إلى أجل باطل وفكها والله أعلم

فروق كتاب الخيار

وإنما قال ابن القاسم إذا ولدت الأمة في أيام الخيار ولم يقع بينهما يكون للمبتاع
فلا بد فيه شيء ينبغي للبائع إذا ولدت بعد عقد بيعها وقبل الإمضاء ولربما ليس
كيف بما ينبغي للمشتري خلافا في شيء لأن شبه أنه فيها لما كان من أحكام في البيع عن

من يوم نزل بخلاف الجناية وانما تعاكس قول اشهب فيهما لان الآفة السماوية
بالخيار في ضمان البائع والجناية في ضمان الجاني عليه بارشه تنبيه نوقض كلام
قول ابن القاسم واشهب بعدم رجوع ابن القاسم مرة تزوجها عبد بغير اذن مالكه اجازه
او ردته ورجحها اشهب والفرق لابن القاسم درء الحد بالشبهة ولاشهب بانه اجاز له
برجوع مانع العقد كالتفصيل جزء منه وكاية حكمية وانما قال ابن القاسم اذا مضى
على من له الخيار ينظر فلو كان في مدة السلطان وان غاب رب العرصة المتفق فيها بناء
لغيره فيما للسلطان ان ياخذ للغائب النقض بقيمته مقلوعا لان الغيبة كالنكول
وابن عمار فكنه قرب الزوال قاله ابن يونس وايضا البناء وجب للغائب فتركه
تضييع له وحفظ مال الغائب واجب وانما قال ابن القاسم في المجنون فينظر
السلطان وفي الاعمى يوقف فان كان فيبيع لان امر المجنون يطول فيحتاج الى ناظر
ينظر له في اموره ومن الابيع فيما يعود من نظره واما ابن عمار فالغائب من امره
عدم التمادي فان تمادى تمادى فيه بالبائع فالقاضي يقوم للاجل ازالة الضرر
خاصة وازالته عن هذا باخ من هذا البيع وانما قال ابن القاسم اذا باع السلطان
عبد المفلس كان اعتقه بوجه ثبتا عنه به عيبا فردنا عليه المفلس لكنه اركان
الاول قليلا عن ثمنه من ماله ولم يتبع الغرماء بشيء وكان العبد ما اذا البيع الاول
لم يتم حيث رد بالعيب وقال اشهب للمواضعة فجعل ابن القاسم الرد بالعيب في
مسألة العبد حلا للبيع وفي مسألة الرد فيه ابتداء بيع وعكس اشهب فيهما ورد لابن
القاسم ان يقول سلكت مسلك الاحتياط في البابين ولاشهب ان يقول ذلك فيما
باعه لنفسه بخلاف بيع السلطان فانه حكم فلا ينقض قاله ابن عرفة وانما
لم يلزم وقف الثمن في الخيار اذا طلبه البائع ويلزم في المواضعة والغائب اذا
طلبه لان بيع الخيار منحل وبيع المواضعة والغائب غير منحل لانه اذا خرجت
الامة من المواضعة فلا خيار لاحد من الجانبين بل على صاحبه وكذلك الغائب
اذا وجد المبيع على صفته بل هو احرى من المواضعة لانه بيع شرطه النقد بعقد
القواعد والثمار من المشتري فيه شرط الضمان فيه وانما قالوا اذا اوصى من له

ن

الخيار المبيع في السلم لأن الصوف يتبعها بخلاف سمنها وزبدها وسائر غلاتها لأن
الصوف من موجود يوم العقد والغلة التابعة للثمار إنما هي الحادثة في مدة الخيار
لأنها كانت بقاء على ذلك ومن هذا الوجه الولد تابع لأمه في هذه المسألة
عند ابن القاسم وإن كان من مذهبه أن بيع الخيار منحل وإنما هو عقد لأن الولد يوم
البيع كان موجودا جزءا من الأم فيتناوله البيع معها ومثله الصوف في هذا المعنى من
الصوف إذ لو أراد البائع استثناء ذلك الولد لما ساغ له ذلك على أحد المذهب
ولو استثنى الصوف لجاز وإنما يجوز اشتراط ركوب الدابة في الخيار ولا يجوز
اشتراط سكنى الدار ولبس الثوب فيه لأن اختبار الثوب والدار إنما هو في
البيع والمشتري فيهما وإنما جرى ذلك فيه من قبيل الركوب في أمد الخيار لأن الركوب
يعقد ويحصل به علم العيب والآفة من المشتري والعمل ما لا يروع عليه بخلاف الركوب فإن
هذا غير موجود فيهما فكان أخف فيهما أشد وإنما قال ابن القاسم بجواز الكتابة
على الخيار شهرا ولم يقل بجواز البيع على الخيار شهرا لأن العلة في البيع مخالفة
الزيادة للثمار قال في كتاب الخيار وقد يزيد المبتاع في ثمنها للتكرر في ثمانية أشهر
بعيد ابن جلول لا كذلك الكتابة فإن العبد فيها في ثمار ماله على كل حال قاله
عياض وإنما قال ابن القاسم ما وهب للأمة في أيام الخيار أو تصدق به عليها
يكون للبائع وإذا ولدت يكون الولد للمبتاع لأن مال العبد في البيع للبائع فجعل ما
كسبه في أيام الخيار من المال لمن له المال والولد لم يكن للأم فلا يكون للبائع
قاله ابن يونس وأيضا ما وهب لها في أيام الخيار كالغلات وذلك للبائع
ومن له النماء فعليه التواء قاله الشيخ أبو الحسن الصغير وأيضا الولد وقع
عليه البيع فكان له إذا اختار أن يمضي أنه يعقد منها إلا قوله يعتق بعتقها
وغيره الولد لم يقع عليه عقد البيع لأنه ينفصل عنها فلذلك لم يكن للذي ملكه
يقضي وإنما قال ذلك إذا ادعى أحد المتبايعين الخيار في أصل البيع وادعى
الآخر البت أن القول قول مدعي البت وإذا ادعى أحد المتبايعين فساد البيع
وادعى الآخر الصحة أن القول قول مدعي الصحة منهما في كلا الموضعين كل واحد

يتزعى نقض البيع لان في الخيار ويتزعى الالزام بيوع على مدعي الرد فكان القول قول
النافي على الرد لانه هل براءة ذمته ومدعي الامضاء للبيع مدع لبراءة ذمته
والاصل شغلها فلم يكن القول قوله وكان القول قول مدعي الصحة لانه مدعى عليه
وانما اتفقوا على ان البيع لا يفسد باشتراط النقد في الخيار ان الصحيحة من البياعات
واختلفوا لا يفسد باشتراطه الخيار الطويل الذي لا يجوز في تلك السلعة لان الخيار
في الاول صحيح لم يفسد البيع وانما يفسد باشتراط النقد فيه بخلاف الثانية فان
الخيار فيها وقع فاسدا وانما قال ابن القاسم في المجنون يحكم السلطان ولا ينبغي
في المفقود لو باع او اشترى بالخيار ان ياخذ له السلطان لان المجنون جار في حكم المولى
عليه فللسلطان ان يشتري عليه ويبيع والمفقود انما السلطان في حفظ
ماله خاصة ولا يشتري له ولا يبيع تنبيه قال اللخمي لو فقد المشتري بالخيار لم يوخذ
له على قول ابن القاسم ويوخذ له على قول اشهب في الثلاثة الايام فيما شاء على
المغمى عليه وانما جاز ان يوخذ للمغمى عليه مع قرب الايام التي ترجى افاقته فيها
كان احرى ان يوخذ للمفقود وانما قال محمد بن ابي زيد في الغريم يشتري سلعة بالخيار ثم
يموت ان الغرماء اذا ارادوا الاخذ انما يجوز ذلك لهم اذا كان ما اصلح من فضل فللميت
يقضون به دينه وان كان نقصانا فعلى الغرماء وقال في المجلس يودي عنه الثمن فما كان
من فضل ونقص فللمجلس وعليه لان الثمن لازم للمجلس والزام ابتاع بخيار لم يلزمه ثمن ان
بمشيئة الغرماء فلم يجب ان يدخلوا على الورثة ضررا وانما قال القرويون اذا اختار
الغرماء رد السلعة التي اشتراها الميت بخيار وكان اخذها نظرا فليس للسلطان ان
يجعلهم ياخذونها واذا وهب هبة الثواب فاراد الغرماء ردها وكان اخذها نظرا
فليس للغرماء لان هبة الثواب قد حصلها الموهوب له بقبضه اياها وبيع الخيار ضمانه
من بائعه فللغرماء ان يقولوا قد وجب لنا ان ناخذ حقوقنا مما ترك فلا يلزمنا ان نتم
للميت تجارته قاله عبد الحق وابن يونس وانما جعلوا الضمان في الخيار الفاسد
من البائع وفي المواضعة الفاسدة من المشتري لان المشتري في المواضعة الفاسدة
دخل على ان يجوز فيها مجرى البيع الفاسد وفي بيع الخيار الفاسد انما دخل المشتري على

حكم الخيار الصحيح ان الضمان من البائع قاله محمد بن عمر وانما قال في الكتاب
اذا اشترط في بيع لم يأت المتاع بالثوب قبل مغيب الشمس من آخر ايام الخيار لزم
البيع لم يجز وقاله فيمن باع سلعة وشرط ان لم يأت بالثمن الى اجل كذا والا فلا بيع
بينهما ان البيع جائز والشرط باطل في بيع الخيار لم يتم فوجب فسخه وفي ابن حبيب
ثم وجبا سقوط الشرط فيه تنبيهان قال ابن يونس الصواب ان المسئلتين سواء
ويدخلهما الخلاف قال الشيخ ابو الحسن للمسئلة نكتة يرفعها قوله ومن اشترى سلعة
على انه ان لم الى ثلاثة ايام ثم قال فان نزل جاز البيع وبطل الشرط وفي كتاب
الحمالة فيمن ادعى قبل رجل حقا فقال له رجل انا حميل بوجهه فان لم اوفك به غدا
فانا ضامن المال انه لا يلزمه شيء حتى يثبتا فيكون حميلا بالمال وفي كتاب الحمالة
ايضا فيمن ادعى قبل رجل حقا فانكره وقال اخرني الى غد فان لم اوافك فالذي تدعيه قبلي
حق ان ذلك لا يلزمه لان ذلك مخاطرة ومن ذلك ما يقوله الناس اليوم من لم
يحضر وقت كذا مجلس القاضي فالحق عليه ان ذلك لا يلزمه وانما جعل في المدونة
للبائع محل لعله من اشترط رضاه او خياره لم يجعل ذلك للمشتري على تأويل ابي محمد
وغيره لان البائع اقوى بالمتاع لتقدم ملكه وتقرره بخلاف المشتري الذي لم يثبت
له بعد ذلك وانما قال في الكتاب من اشترى شيئا على خيار فما يغاب عليه ام لا ثم
رده في ايام الخيار فقال البائع ليس هو هذا والمتاع مصروع جنبه وقال لو رد
المشتري السلعة بعيب وقال البائع ابيع منك هذه لم يصدق المشتري مع ان السلعة
لو هلكت كان ضمانها من المشتري في الخيار ولان البائع بشرط الخيار وكله على رده وجعل
ذلك اليه فصار كالامين على عينها بخلاف الرد بالعيب فانه لم يأخذه
ليرجع قاله ابن محرز وقال المتيطي ان تقوم بينة للمتاع تنبيهان فيلزم في شراء
ثياب ارأيت ان قال البائع لا اعلم ان الذي بعت منك ام لا فهل للمشتري رده فقال له
رده اذا لم يحقق البائع انكاره فيه قيل له فهل على المشتري يمين انه متاعه ليس هو فقال
من يتوجه وقد لا قيل له فلو قال رجل لاخر لي عليك عشرة فقال المطلوب لا ادري عشرة لك ام
خمسة قال يلزمه عشرة وسئل ابن مالك عن مسئلة الرد بالعيب اذا قال البائع لا اعلم

من

سئل عن الذي دفعا منك ام غيره فعلى ان يحلف المشتري ويرد ذلك فقال ابن سهل هذا اصل
مختلف فيه وانما قال ذلك اذا ادعى اهل الحبس بعيب في الخيار فقط وان ادعى
انه من اقر كان القول قول مدعي الرد وان ادعى اهل الحبس بعيب بفساد البيع وادعى
الآخر القيمة كان القول قول مدعي القيمة وفي الجميع كل واحد منهما يدعي نقض البيع
لان من ادعى انه لزم في الخيار مدع على مدعي الرد فكان القول قول من ادعى الرد
لان الذي هو براءة ذمته ومدعي الفساد مدع لبراءة ذمته والاصل شغلها فلم
يكن القول قوله وكان القول قول مدعي القيمة لانه مدعى عليه والله تعالى اعلم
وانما اجاز في المدونة ان يشتري على اللزوم شاتين يختار منهما او اكثر من شاتين فما دون
او كثر ولا يجوز للبائع ان يستثني لنفسه الا اقل العدد اذا كان الخيار له كان البائع
بعد جبر عنه مردود بينا فلو جاز ذلك لادى ان يختار خيارهما ويأخذ المبتاع
شرارهما ومن لم يدخل على ذلك

فروق كتاب التدليس بالعيوب

وانما ترد الدور والارضون من العيب الكثير دون اليسير ويرد غيرهما بكل عيب لان
الدور انما كانت تراد للقنية والسكنى وان غيرها كالابدان والتجارة لم يؤثر العيب
اليسير في عينها تاثيرا يوجب الرد كالبر بوجه رد فلا نقص من الثمن لئلا يكون البائع امسك
جزءا من الثمن بغير ان يرجع عوضه وايضا الدور لا تسلم من عيوبها اليسيرة فصار
ذلك عرفا في البيع من ردها وايضا الدور لا تكاد تخلو من عيب يسير فلو قضي
بالرد لاجل العيب اليسير مع كونها لا تنفك عنه لكان في ذلك ضرر بالمتبايعين
وايضا العيب اليسير منها يجري مجرى الاستحقاق اليسير منها لكونها ذات اجزاء
والدار اذا استحق منها الثلث فاكثر وجب ردها وان كان اقل من ذلك لم يجب للمشتري
ردها لم يستحق وايضا الدور تصلح عيوبها بان ترقع حتى تعود كما كانت او
قبل ان تبيع فصار عيبها مما يقدر على دفعه فلم يوجب الرد كالحر او وجبت القيمة لان
العيب لا يرفع الا بخسارة وايضا الدور لا تباع في الاسواق غالبا وتعرض فيها
كما تعرض فيها السلع فلو قضينا فيها في العيب بالرد اليسير كالكبير لاضر ذلك

بالبائع كونه لا يكفيه يبيعها كما يبيع السلعة التي لا يطول الثوى بها ويضر ذلك
بالمشتري لكونه لا يتأتى له شراء مثلها على الفور تنبيه رد بعض على كل واحد
من هذه الفروق بأمور الزامات وقوادح واعتراضات فقد قدحوا في الاول بان التعليل
يقتضي بانه لا ياخذ قيمة العيب واجيب بانه وقع في آخر الفروق من الحج شارح فلا ينبغي
هذا ابن الزراع وقدحوا في الثاني بان الرقيق يكتم عيبه حتى لا يكاد يعلم به ثم قد يقع
هذا فيتبع هذا فيرد له وقدحوا في الثالثة بانه يقتضي ان لا يرجع بقيمة العيب
وقد يجاب عن هذا ايضا بما قدمنا ابن شارح البيه اولا وقدحوا في الرابع بان
العيب اليسير فيها قد يسري الى بقيتها خلاف اشتغال ثوب من ثياب كثيرة على ان
بعضهم لم يعتبر ابن اشتغال الثلث وانما اعتبرها بقدر وكل فيها سهما على الاشتغال
فوقع الاخذ بواحد جدرانها الاربع الجنوب والشمال والغرب والشرق فلو استحق
لم يكن للمشتري به مقال وكذلك ينبغي ان يكون العيب اليسير قال الامام ابو عبد
الله المازري رحمه الله وهذا ايضا مما يستغل بنفسه فهل يفارق غيره في استغلال
جدرانها ابن ربيع وان صح ذلك فلكون المشتري لا يلتفت اليه ولا يعرج عليه وقدحوا
في الخامس بانه يلزم على هذا ان لا يرد الثوب بالعيب لكون الترقيع يرفع فساده كما
يرفع الترقيع هذا الثلم من الدار وفساده قال المازري رحمه الله وقد هذا الى هذا
بعض المتأخرين فرأى ان الفقه ان لا ترد بالعيب اليسير وهذا الذي ذهب هذا خلاف
اصول المذهب وقد اعترض والله اعلم وانما اتفق المذهب على ان المبتاع اذا
لبس الثوب او وطئ الجارية بعد ان اطلع على العيب ان ذلك رضى لان اللبس
ليس غلة وهو ينقص الثوب والوطء لا يحل في امة لا يرد بها فيسأل كما وانما لا ينبغي
في الرد بالعيب بقول المشتري فسخت البيع لاجل العيب حتى يحكم القاضي بالرد خلافا
لابن القصار واذا اطلعت المرأة على عيب زوجها فقال ابن القاسم تفسخ النكاح
بفسخها له لان الرد بالعيب فيه اشكال ونزاع بين الفقهاء واختلاف بين العلماء
فلذلك لم يعتبر في العيب على مجرد قول المشتري فسخت او نقضت ورددت حتى
يتصل به حكم الحاكم ولا كذلك اذا اطلعت على عيب زوجها ولا خلاف في ذلك لسو

الاطلاع على انه برص فانه لا يفسخ بمجرد قولهما لاحتمال الرد بالبرص بقول اهل
الاجتهاد والله اعلم وانما قالوا في استغلال الربع قل من الجميع اذا كان جملة
عدد في البيع متفرقة الاكثر ورجع المشتري بما استحق ولم يقولوا في حكم
العيب بذلك مع انه جزء معيب من البيع فكما ان عيب الجزء بان يستحق ثوب
من عشرة مثلا لا يعيب القليل بالباقية ولا بمن هو في المقصود منها وان اشترى ثوبا
فوجد فيه قطعا او خرقا فان ذلك عيب في الجزء الزائد وان اطلع بجملته فانه يرد الى جملة
الثوب وكان العيب وجرى في كل جزء منه فصار المقصود من البيع لم يحصل فاشبه
استغلال الاكثر من العدد في الجميع والله اعلم وانما قال في المدونة يقضى
للمشتري بغرامة العيب من جهة البائع فان كل عيب بمفرده لا يسوى وعلى قلة لا يجب
وكلهم وان لم الحلال احوال يحمل عليه وان لم يعلم فانه معرض اذ لم يكشف على
العيب قبل ان يبيع والمعتمد كما تقرر في هذا المختصر مع كون الغالب حدوث مثل
العيوب اليسيرة ويغفر البائع كان على ان يتجاوز عن المشتري **تنبيه**
ملاك بعض [illegible] غير من الشراح لا يقضى في غرامة العيب اليسير في حق
المشتري كما لا يقضى عن العيب اليسير اذا اطلع عليه المشتري ولا فرق عنده بين
البائع والمبتاع [illegible] انه لا يقضى للمشتري عن ذلك اذا لم يكن
البائع مدلسا لانه برأ من التدليس فلا يحمل عليه بخلاف غير المدلس وانما
لم يجعل الجهة المذهب [illegible] تاثيرا في الرد بالعيب على المشهور
ويجعلوا له تاثيرا في البيع الفاسد فجعلوه فوتا يمنع من فسخ البيع الفاسد وعللوه
بالضرر اللاحق بالفسخ لكون الشيء اذا زاد ثمنه بالمشتري فسخ البيع واذا نقص اضر
ذلك بالبائع لكونه ترجع اليه سلعته وهو نقص فيها وهذا بعينه جار في
الرد بالعيب لان البيع الفاسد [illegible] المتعاقدان ولا فرق لا [illegible] على
الصحيح من جهة البائع لانه ان يحمل كان قد لبس وهو اذا لم يعنه ذلك
من جهته لم يعتبر ذلك ايضا من المشتري بل ادل الشيء عمرة بينهما وانما قال
قال ابن المواز عن مالك فيمن ابتاع امة فزوجها فولدت عنده فباع الولد ان
البائع اذا دلس فهذا المشتري فان اراد [illegible] ما باع فانه يأخذ الامة و
مطالبة له بما اخذ المشتري في ثمن الولد وعليه بان [illegible] واذا رد الامة

لا ماذا [illegible]

العادة ان يسير عنده [illegible] نقصا [illegible] يكون [illegible] البائع عن العيب اليسير اذا اطلع عليه المشتري [illegible]

بعيب وقد باع ولدها فإنه يرد ما أخذ من ثمن ولدها مع أن مقتضى كون الولد غلة
لا يرد ثمن الولد إذا باعه ورد أمه بعيب لأن الرد بالعيب والتدليس فيه باختيار
الراد وهو المشتري وكذلك في التدليس فإن البائع هو المختار لرد هذا العيب
وإن قبل الأمة. فلا يحاسب المشتري بما أخذ في ولدها ولا أيضا الأمد في
التدليس أو لا يرد البائع ما عقد على نفسه من البيع لأنه لو وجب الخروج عن هذا
إنه ظلم وورد الحديث بذلك وهو قوله من أدرك ماله بعينه فهو أحق به
الحديث المشهور وعللوا استغلال البائع رد المبيع في التدليس بكون ما باعه
باقيا بعينه وأن الولد إذا بيع فليس هو عين ما باعه البائع ولو قدر أنه كعضو
من أمه وهذا العضو ليس موجودا فبقي حكمه على مقتضى الأصل وأيضا
البائع ليس له في التدليس أن يطالب بثمن الأم وثمن الولد إذا اختار إمساكها لأنه
ليس له إلا أمر واحد وهو قبول الأمة بكمالها فيكون له إذا اختار إمساكها الحط من
ثمنها فكذلك لا يكون له إذا اختار ترك إمساكها وحل ما عقد من البيع أن
يطالب بثمن الولد فليتأمل. قال أبو عبد الله المازري رحمه الله
تعالى في التعليق يقتضي إذا قيل الولد غلة أن يكون الحكم لا يرد الولد في عيب
ولا تدليس وإن كان قائما بعينه فأحرى أن لا يرد ثمنه وقيل إنه ليس بغلة
بل كعضو منها أن يكون يرد الولد في الجميع وإذا أوجب رد عينه وجب رد ثمنه
وينبغي وجوب رد الثمن في الرد بالعيب وفي التدليس فقد يقال فيهما ما أشرنا
إليه من الفروق التي جميعها لا يكاد يسلم من مناقضة ومما نحن فيه أنهم لم
يجعلوا للغاصب أن يجبر النقص بالولد وجعلوا للمشتري في الاستغلال والرد
بالعيب لأن المشتري في الرد بالعيب أن يمسكها وولدها فإذا جبر النقص
فقد جبر بما يملك وفي الاستغلال إذا زوجها وولدت جبر نقصها للشبهة
ولا كذلك ولد الغاصب فإنه ربيب لرب الأمة فكيف يجبر نقص ماله بماله
فليتأمل. بعض هذا الفرق قال ابن القاسم في الأمة المودعة إذا
زوجها المودع عنده وولدت فقد جعل الولد فيه بعضه النكاح مع أن الولد
كذا فيتأمل ذلك وإنما تعدد العقد بتعدد البائع كما لو باع رجلان
عبدا من رجل هو شركة بينهما فإن المشتري إذا اطلع على عيب فأراد أن يرد

على

على احدهما النصف الذي باعه منه ويمسك نصف الآخر فان قال لك لمَ
وتفرد الصفقة الواحدة كصفقتين ولم يتعدد بتعدد المشتري على احد القولين
القولين كما لو باع رجل عبدا من رجلين فاراد احدهما ان يرد نصف العبد الذي
اشتراه هو وشريكه واراد الآخر ان يمسك لان التعدد اذا كان من جهة من
باع فان مشتري العبد من رجلين اذا رد على احدهما نصف العبد وهو جميع ما
اشتراه منه لم تلحق هذا البائع مضرة في تبعيض صفقته اذ لا علاقة بينه
وبين شريكه في هذا وملكه لم يتبعض عليه واذا كان التعدد من جهة من
اشترى فلو اراد احد المشتريين لهذا العبد ان يرد نصيبه على بائعه الذي هو رجل
واحد تبعضت عليه صفقته والتبعيض اضرار به يوجب ان يكون من حقه
ان يمتنع من هذا الضرر والله اعلم وانما كان استحقاق ثلث
الطعام كثيرا فللمشتري رد بقيته عند ابن القاسم وكان يسيرا في الثياب
والحيوانات فيلزم المشتري ما لم يستحق منها لان الطعام يرغب في شرائه
جملة في مقتضى العادات وكان ذهاب الثلث منه في حكم الكثير المذهب لقصد
المشتري ولو كان الذاهب منه يسيرا كالخمس فلا مقال له لقلة الضرر بالتبعيض
بهذا المقدار والله سبحانه اعلم وانما قال ابن اللباد اذا ردت السلعة
بعيب يرد السمسار الجعل لانه يدلس البائع ولا يرد اذا دلس الرقيق او البيع
فان انتقض اقله فيما لان البائع لما دلس عاد هذا الى انقلاب السمسار
واستمراره على جهة الغرر به في خدمته لما علم انه ترغب بالعلل اذا رد
المبيع بالعيب كما لو اذا لم يدلس تنبيهان قال الشيخ ابو محمد القابسي
رحمه الله ورضي عنه فهما لهذا الذي قاله ابن اللباد هذا ايضا اذا كان
السمسار غير عالم بانه قد دلس البائع بعيب وان كان السمسار عالما بما
دلس به فانه يكون له اجر مثله ويفهم ذلك اذا كان السمسار بهذا التعريض
ان يقع بعلمه بهذا كون البائع مغررا به والكتمة فجعله باجر مثله قال الامام
ابو عبد الله المازري رحمه الله وكان ينبغي ان يفصل بالتشبيه لان هذا
القياس الذي تواطأ عليه البائع والسمسار من ناحية الغرر وكونه غررا
محرما والبائع استأجر السمسار اجارة ممنوعة فلا يسرك من ناحية عقده ما

وما فسد من جهة عقده وبان يقضى فيه بالتسمية وانما التزم يحملوا
اشتراط سكنى المبتاع للدار بعد الكلام على فسخها رضى ومحلوه رضى
في العبد والدابة على المشهور فيهما لان العبد والدابة يغيرهما الاستعمال
والاستغلال فلذلك يكف عن استعمال العبد وركوب الدابة والاكل فيه
رضى الا ان يتعذر رفوده الدابة بخلاف سكنى الدار فانه لا يؤثر استرافته
فانه لا يكون دليلا على الرضى وانما قال ابن القاسم اذا اجاز رد الجميع
المعيب بعد اجارته او رهنه ان عاد في مثل الشهر رده وان قال بعد سنة
او مرفقة فلا ارش لان الاجارة والرهن ينقضيان فعلم انه حل ولم يتمه
اركان الرهن في بيع لان السلعة لم تخرج عن ملكه وانما الهبة والصدقة
فليس الا مجرد احتمال ان يرد بعد ان يرجع اليه وهو محتمل ايضا في المستقبل مع ما
يستلزم من العود في الصدقة والهبة بخلاف ذلك في الحيوان فكما خفي
ان احتمال الرجوع اليه ابعد من عن المكاتب الذي اتفق الجمهور عليه
والله اعلم وانما قال فان تطلع على عيب الزوجية بالتزوج والطلاق
واذا وجبه الحبس بطلاقها ثم اشترى فلم يكن عليه بذلك الحكم مع انها
اعتيادها للوطء فيهما لان الزوجة ليست كغيرها فيما بعد فيها عقد
الزوج والبيت فصار ذلك عادة لها وليس كذلك التي تكون بالهبة
ولا التي يطاها السيد لانه ليس بمعتاد ومعلوم ايضا ان ذات الزوج
تقل رغبة الناس فيها ويؤثر نقصا في ثمنها وايضا فانه قد يتوقى
عودها الى ذلك لما يعلم بغلبتها من محبة الزوج واشتراط السيد فلم يرس
بعدم اشتراط عتقها العتق على السيد وايضا الزوجة لها في الوطء
حق بخلاف الامة قاله ابن رشد تنبيه تعقب ابن عبد السلام تفريق
ابن رشد هذا بان قال ليس الوطء الزوج او الزوجة وانما هو ناشئ عن العقد
او الامة بالوطء وكون ذلك مؤديا الى تعلقهما على سيدهما وهذا
يعتر ومعه وكذا السيد من وطء الزوج فان انفرد زوال احد المستقبلين
بزيل العيب وجب في الاخر كذلك هـ وتعقب ابن عرفة عليه هذا الرد
فانه لا يخفى على منصف ضعف هذا الرد لان بعد التناسل كان يملكه

والتأنس به اشد عليه من غيره فإن كان يتأنس بما لا يملكه لأن الملك
مظنة لكثرة أوقات التأنس به وعدمه مظنة لقلتها وهذا مدرك بالعادة
ضرورة لأن تمتع الإنسان بما يملك من مركوب مما كثر ما يبدأ من تمتعه به دون
ملكه وبعد ما كثر البيع اشتريها فلا فرق ثمــا قال فيمن اشترى ثوبا فقطعه
قطعا جرت العادة به مثل أن يشتريه ويقطعه فيقطعه ثوبا ثم يطلع على
عيب كان عند البائع فإن المشتري بالخيار بين أن يأخذ قيمة العيب أو يرد
الثوب وما نقصه القطع إذا كان البائع غير مدلس بالعيب الذي اطلع
عليه المشتري بعد أن قطعه وأما إذا كان مدلسا فإن المشتري لا تلزمه
غرامة هذا النقص الذي هو القطع لأن البائع لما دلس بالعيب وعلم أن
المشتري يرده به وأنه قد يقطعه صار هو السبب في قطعه والإذن له فيه
فلم يكن له شيء مما لبسه به وصار هذا النقص منه كما ذكروه في هبة العبد
إذ هو أنه إذا دلس بإباقه فأبق عند المشتري فمات بسبب الإباق **تنبيه**
قال بعض المتأخرين وانظر هل للبائع إذا لم يدلس بالعيب أن المشتري إن تعين عليه
ويأخذ منه قيمة العيب وينكر المشتري من ذلك ليكون البائع ثمنا وإن كان له أن
يجبر عليه قال ابن عرفة رحمه الله وفي هذا الرد تكلم لأن علة تمكين
المشتري من أخذ قيمة العيب الضرر الذي يلحقه بالخسارة بغرامة ما نقصه
القطع إذا كان البائع غير مدلس وهنا لا خسارة عليه فلا يجب تمكين
المشتري من المطالبة بقيمة العيب وأما قالوا فيمن ابتاع ثوبا دلس فيه
البائع بعيب فقطعه المشتري وخاطه قبل أن يعلم بالعيب أن القطع نقص
والخياطة زيادة فيجبر بالزيادة عيب النقص وقالوا فيمن اشترى ثوبا
فيصيبه عنده صروف فيصبغه أو يقطعه ثم يصبغه لأنه على أن النقص يجبر
بالزيادة وتردد الشيخ أبو إسحاق التونسي وغيره من الأشياخ هل يقتضي
المذهب جبر القطع بالخياطة أو غيرها من الزيادات التي لا تعلق لها بالنقص
أو لا يجبرها لأن الخياطة يقتضيها القطع وكأنهما كمعنى واحد لتعلق الثانية
بالأولى ولم يجبرها هنا إن تبعوا الأول الثانية بخلاف من قطع الثوب ثم صبغه
أو خرقه ثم صبغه فإن هذا لا تعلق لأحدهما بالآخر إلا تراخيه قد يقطعه من غرف

ثوبا فقلبه رفوه وغرامة ما نقص وفاء الا ان يكون القطع تغييرا لاجزاء
والرفو تلفيقها ونظمها فيصير ان يجعل كالشيء الواحد فتنبيه عارض
الواجب على المشتري غرامة النقص من جنس الثمن فلذا يجب ان يخرج قيمة
القطع في نافير من جنس الثمن ويكون شريكا بالعرض الذي زاده في الثوب وهو
الخياطة اذ لا يجبر من وجب له على الشركة في نافير ان يأخذ عنها عروضا بغير
اختياره والعذر عن هذا ان الخياطة لما كانت من مقتضى القطع عد كالشيء
الواحد كما قدمنا في العيوب ولذا اختلف فيه وانما قالوا فيمن ابتاع
جارية بكرا فافتضها البائع فافتضها ثم اطلع على عيب بها بعد افتضاضه
اياها انها عيب يرد معها ما نقصها الافتضاض فلا بد من الكاتب واذا
اشترى ثوبا فقطعه قطعا جرت العادة به فان المشتري اذا رده لا تلزمه
غرامة النقص الذي هو القطع اذ كان البائع مدلسا لان القطع لا منفعة
للمشتري فيه بخلاف الافتضاض فانه مما يتمتع به المشتري كما يتمتع باللباس
فلذلك وجب عليه رد قيمة الافتضاض ان رد الجارية وانما قالوا
فيمن ابتاع امة ثم كعرفها بعيب وهو مختار ردها اي لو شاء امسكها
فلما اختار ردها حكم عليه برد ما نقص افتضاضه لها وفي الام شيئا
فوطئ ونزه بالعيب فيعذر في ذلك اذ لم يخرج من يده عن ارادة والله
اعلم وانما قالوا فيمن اشتغلت من يديه امة ونزا فتحها انه لا شيء
عليه في الافتضاض واذا ابتاع ثوبا فلبسه ثم اشتري من بدء فانه
يرده ويرد معه ما نقصه لبسه لان لبس الثوب يتلف عينه او جزءا
من اجزائه وليس الافتضاض كذلك اي عيب الجارية فا والله اعلم
وانما قال ابن القاسم فيمن اشترى غنما وعلى ظهورها صوف فجز ونم انه
يرد الصوف اذا رد الغنم بعيب واذا اشتراها وفي ضروعها لبن لا يرد اذا
رد ما بعيب لان اللبن خفيف يتبع في حكم الهرج ولا حصة له من الثمن وكذلك
الصوف وانما قالوا فيمن اكل العنز على الدفة انه لا يرد ما اوجرها
شيئا واذا اكل العنز على صوفها بقرة وقال انما اراد سمن غنم انه
يرد ذلك لكون سمن الغنم اطيب بمقتضى عرفا ان تكون الثروة فيها لكون البكارة

ايضا

ابتذال اللبس الثوبية من الغالب وعليهما يدخل المتعاقدان الا ترى انه لو كانت
الامة من علي الرقيق بحيث ان الظاهر من حالها البكارة ان للمشتري مقالا اذا
وجدها ثيبا وافق السمر ولعله اعتقد ان هم الغنم هو الغالب عندهم وعليه
دخل المشتري ولهذا جعل له الرد والله اعلم وانما قال في المدونة فيمن اشترى
قلنسوة سوداء فوجدها ركبت من ثوب خلق ثم يعرف وركبت منه الجبة
انه عيب لان الغالب ان تركب عندهم غالبا من ثياب غير ملبوسة ولا كذلك الجباب
وانما قالوا ينبغي ان يؤمر طلبة اللحم الذي يلزمها التسمير بان اشترى وعنه
مشتر على ذلك فان البيع ماض فيما قل كالدرهم اليسيرة ولا يمضي فيما كثر من
الاضرار كعشرين او ثلاثين حتى يعلم مقدار التسمير من اللحم الذي يفرز جيد كان يرد به
ويعلم فيه احدهما من الاخر على جهة التمييز بخلاف ما كثر من ذلك ويتصدق
بما قل من لحم او كخلع اذا كان يسيرا عقوبة في المال مع الادب بخلاف
الكثير الذي يشتد الضرر بتلافه على صاحبه ويباع عليه ممن يؤمن ان يدلس
به قاله المازري. تنبيه: لا شك في ورود الشرع بالعقوبة في المال فمنها
اباحته صلى الله عليه وسلم سلب الذي يصطاد في حرم المدينة لمن وجده ومنها
امره لعبد الله بن عمرو رضي الله عنهما بحرق الثوبين المعصفرين ومنها امره صلى
الله عليه وسلم يوم خيبر بكسر القدور التي طبخ فيها لحم الحمر الاهلية
ومنها امره بتحريق متاع الذي غل من الغنيمة ومنها تحريق عمر رضي الله عنه
الحانوت الذي يباع فيه الخمر وافتى به يحيى بن يحيى وعليه سحنون و[illegible] وتركوا
ومنها ان عمر رضي الله تعالى عنه اراق اللبن المغشوش وسئل مالك عن اللبن
المغشوش ايراق ام لا فقال لا ولكن ارى ان يتصدق به ان كان هو الذي غشه وقال في
الزعفران والمسك المغشوش مثل ذلك وسواء كان ذلك قليلا او كثيرا
وخالفه ابن القاسم في الكثير وقال يباع المسك والزعفران على من لا يغش به
ويتصدق بالثمن ادبا للغاش وافتى ابن القطان في الملاحف الرديئة النسج ان تحرق
وافتى ابن عتاب بتقطيعها والتصدق بها خرقا ومنها العقوبة بالمال واما
العقوبة بالمال فممنوعة وانما كانت في صدر الاسلام ثم نسخت وحكى ابن
رشد اجماع الامة على نسخها وهو خلاف قول ابن قيم الجوزية الحنبلي ومن قال

ان العقوبة المالية منسوخة فقد غلط على قرائب الاخبة نقلا واستدلالا
وليس بسهل دعوى نسخها وفعل الخلفاء الراشدين واكابر الصحابة لها بعد
موته صلى الله عليه وسلم لدعوى نسخها والمدعون للنسخ ليس معهم كتاب
ولا سنة ولا اجماع يصحح دعواهم الا ان يقول احدهم مذهب اصحابنا لا يجوز
فمذهب اصحابه عنده عيار على القبول والرد هـ ومسائل الكفارات وفتوى
ابن العطار يحمل اجارة كذا على المطلوب الملك شاهدة لابن القيم
الجوزية على ابن رشد والله اعلم وانما قال بعض الشيوخ فيمن قال بعيبه
والبائع قد علم بانه ان المشتري يحلف على ان العقد صحيح لئلا يأتي البائع
فيدعي ان العقد وقع فاسدا فيجب فسخه ورد البيع اليه ولا يحلف عليه ولا
يطلب في مثل اليمين التعليق في المشتري بل يستطيعه فكانه لكون مثل اليمين
لم تطلب وان لم تطلبنا من اجله لم يدع مثله وقال في عدة الفقهاء لا يكتفى
بما يقع عندنا في غير المشتري لان الفقهاء للدين يرون امرا لا يتكرر ويكثر فيها لا تتعلق به
باليمين تذكر بخلاف دعواه بفساد البيع والعقد فان الغالب عقود الصحة
بين المسلمين ولهذا كان القول قول مدعيها وانما يحلف في البيع المشكوك فيه
على البت اذا كان ظاهرا او على نفي العلم اذا كان خفيا [illegible] ان البائع
لا يخفى عليه العيب الظاهر واذا كان مما يخفى عليه حلف على القطع انه لم
يكن عنده ولا كذلك الخفي نفسه فان ابن رشد رحمه الله قال في مثل
ان كل من استحلف على اثبات فعل نفسه او فعل غيره فانه يحلف على
البت والقطع لكونه يعلم فعل نفسه ويعلم فعل غيره اذا شاهده ورآه
وكل من استحلف على نفي فعل فان كان فعل نفسه حلف على البت لانه يعلم ما
فعل وما ترك وان استحلف على ان غيره لم يفعل حلف على العلم لانه لا يمكن في
غالب الامر القطع على غيره انه لم يفعل كذا الا في موضع نادر بتقييد [illegible]
وانما قالوا فيمن اشترى شيئا شراء فاسدا وفات في يد المشتري والبائع غائب
ان القاضي يقضي بما يفات بفضلة القيمة عن الثمن للبائع في ذمة المشتري الا ان
يقوم وقالوا فيمن اشترى سلعة ثم اطلع على عيب بها في غيبة البائع غيبة
بعيدة وانتقد العهدة انه ترد ويأخذ الثمن من مال الغائب ان كان له مال

بعد اخذه وان لم يكن له مال يبيع تلك السلعة وقضى منها المبتاع فلو فعلت
فقضى القاضي وان فوتها عند من شاء من مبتاع او غيره لان البائع في البيع الفاسد
غائب وضمان القيمة له دينا على المشتري بسبب فساد بيعه ووادخل فيه
والشاهدان بلا يقضي في مال الغائب اذ الثمن يقضى لكونه غائبا وهو وان يدفعه
من هو في ذمته فالنظر للقاضي في ذلك كالذي العيب الاتي ولو جنى رجل على
مال غائب فان القاضي يطالب الجاني لكون غائبا فان لم يرض فله بعد الجنا
ولا يبقى ما وجب عليه في ذمته فلا نظر قال ابن عرفة من تنبيهه يخص
بعض المتأخرين في هذا الفرع فلو قال البائع بعدما فات الثمن ينقص عن ما هي
يكون منزلة القيمة في ذمة المشتري وانما انتصب على ان لا مطالبة بينهما فيكون
للقاضي النظر في هذا الفاضل للغائب لكونه لم ينتصب عن خصم يطالبه في ذمة
المشتري واشار هذا الشيخ الى ان العذر لم يرد بالعيب بنقض البيع من اصله
فاذا انتقض برد المشتري بالعيب صار المشتري والبائع كانه لم يتبايعا فلا فضل
فينظر القاضي في مال الغائب ومما هنا في البيع الفاسد الخبر الذي نقلناه فيه
ثم يرجع الى ملك البائع وانما تعين القيمة في فوات الثمن بسبب بقاء العقد
في ذمة المشتري قال الفقيه ابو عبد الله القادر رحمه الله والتحقيق عندي
في هذا ان المشتري لهذا باعه القاضي ان لم يكن مع المشتري ابعاد فالفضل الثمن
في ذمته ان كانت ملاقوته ولم يسغ له ان يخرج ذلك الى امانة يكون معرضا
للضياع وان خاف عليه في الذمة وامن على الثمن اذا اوقفه في امانة فلا
يوقفه وكذلك لو باعه من اشتراه وقام فيه بفساد او عيب فانه يبقى
الثمن في ذمته ان كانت ملاقوته وان كان بخلافه فيهما عندنا ان يعلم ان البائع
لو حضر ما رضي فانه يخرجه من ذمته وكذلك لو فات ولزمت المشتري القيمة
فانه يفعل في الفضلة ما هو الاصلح للغائب اذا علم ان الغائب لم يرض
ببقائه وانما قالوا فيمن اشترى من رجل شعيرا او زرعا وبين للبائع انه
يريده لذلك فزرعه وثبت انه لم ينبت فان البائع يرد جميع الثمن لكونه
تلف عليه بغروره وترك ليبسه ولو اشتراه منه هذا الشعير ولم يذكر له انه
يريده للزرع ولا نقل مماثل ذلك من قراين الاحوال بقي مما يبقى ويقع الاشتراك

فإن البائع لا يلزمه رد جميع الثمن وإنما يلزمه قيمة العيب لأن الشعير قد ينتفع به
لا يثبت ، وأحرى قد دلسه البائع إن علم أن شعيره لا ينبت فكتم ذلك قاله ابن حبيب
تنبيه ، ولو كان المبيع من البزور التي تراد للزروع ولم يشترط أي اشتراه
المشتري كونه يشتريها للزراعة ويقوم العلم بذلك على الاشتراط في شراء الشعير
أنه يراد للزراعة فيلزم رد الثمن أيضا إذا علم البائع أنه لا ينبت قد لبس
بذلك بزرعه المشتري فلم ينبت قال قلت لم أر ابن حبيب يذكر الشعير أن
علم أن الشعير المبيع لا ينبت بكتم من المشتري ولم يذكر أنه يراد للزراعة
قلت لا أقل فيجوز أنه قد يراد للزراعة فكان من حقه أن يبين ذلك للمشتري
لئلا يقع فيه فيكون التلف من يده وهو ظاهر مناسب قال المسائل على المسلم
وإنما قالوا فيمن باع جرة وهي مكسورة وهو عالم فصب المشتري فيها زيتا
فهلك فلا ضمان على البائع لأن الكسر إنما ظهر له بعد شراء المشتري باختياره ولم
يحصل بتدليس الشراء بل أنه في الرواية والتلف بما جرى من خارج عنهم بفعل غار
بالغرور بزيادة في المدونة لا يوجب تضمينا وإنما قالوا إذا زال العيب
منع الرد وإذا زال التكلم في الحضانة بالطلاق أو الموت ثم تعود لأن الحضانة
لما تزوجت أسقطت الحضانة عن نفسها ولو زال التدليس وهو من عمدة المتبايع
وأن تقع العلة وإنما قالوا فيمن باع عبدا ثم ظهر عيبه بكتم من المتبايع
عنه إباقه فأبق من عند المبتاع فهلك إلا بأن يكون الذي يعيش من
الطلب أو يريد أن ينزل فيقع في بئر أو من جبل أو يدخل في غار فيهلك فيه بسبب الإباق
فإنه يجب على بائعه رد جميع ثمنه وقالوا فيمن ابتاع ثوبا بعشرة دراهم فقطعه أو
صبغه وغير ذلك مما يراد له الثوب عالما بالعيب وأخذه إذا بعد ذلك لم يكن له
إلا قيمة العيب سواء كان البائع مدلسا أو غير مدلس مع كون البائع مدلسا
فيها لأن التصرف على هذا العيب الذي هو مهلك للعبد ولم يبينه للمشتري
حتى أتلفه المشتري بجرسه فإنه قد غره غرورا التلف على المشتري فيه فإنه
والغرور والمنافي للمال بعد بدء الغار ولو كان قدر جره إذا فكيف بهذا وقد أصمت
عرضا عن مبيع في خبز فلا ينتفع به والمشتري إذا دفع الثمن على ما يشبه به
أن يقع ثمنه ولا كذلك مسألة الثوب فإن المبيع قد بان عند المشتري بفعله

وان لم يعد فلم يجب على البائع رد جميع الثمن وان كان قد لبسها لكونه غير متلف للمبيع
وانما اوجبوا حلف البائع مع الشك في حدوث العيب وعدمه فقط لتوجه الدعوى عليه
بعدم العيب ولم يوجبوا الحلف مع الشك في ثبوت حوله على غيره اتفاقا مع ان
الجميع شك لان شك المشتري في قدم العيب مع تحقق وجوده شبهة قوية بخلاف
من شك في ثبوت حوله ولهذا كان الصواب ان من شك في قدم العيب هنا عليه او لا
يجب له على وجه الرد قال الاستاذ ابو عبد الله الحفار رحمه الله في كتاب الحو
من شرح التلقين في تعليقه اختلاف في المذهب من نقله ان دل لشك لا شبهة له
ومراتبه ان الشك في القضاء يصير الدين مشكوكا في ثبوته وان فانما الواحد
شك فيما له عنده وما علم انه لا يشتبه لكن بالشك ولا يكون خصومته اتفاقا
ولو كان له عليه دين شك هل قضاه ام لا فلا يجب في تكليفه من تعليقه ان له اليمين اختلاف
كما من الا ان الشك في قضاء الدين يصير الدين مشكوكا في ثبوته في ذمة الغريم وصاحب
الدين يقطع انه لم يقبضه شيئا وان الدين قد ثبت فيكون القول قول الطالب مع حلفه
ولا كرم مع يمينه لحصول الشك في عمارة ذمة الغريم بخلاف من شك هل عنده دين فطالبه
هذا الشك لا معنى له ولا شبهة يستند اليها والله اعلم وانما قالوا ان
اقر الوكيل على البيع بانه كان يعلم بالعيب لينقض البيع لم يقبل قوله ولو وكله
على دفع دراهم سلما فقال البائع هي زائفة او عرفها الوكيل لزمته الا من مع
ان وكالة كل واحد منهما قد انقضت لان ما وكل عليه في مسألة العيب قد انقضى
فصار الوكيل كالاجنبي ولا كذلك في مسألة السلم لان الطعام المسلم فيه لم يقبض
فبقي بقبض الوكيل لم تنقض بعد ولو قبض الطعام لانقضت وكالته
فلا يصدق قاله التونسي عن بعض المتأخرين تنبيه قال الحافظ رحمه الله يعني
المتأخرين من ائمة هذا وكلام المسألة تصديق الوكيل ولو قبض الطعام قلت وتحمله
على هذا هو ما قال ابن يونس يحتمل ان اختلاف قول وانما قالوا فيمن اشترى ثوبا
فصبغه ثم اطلع على عيب به فاراد الرد انه يكون شريكا بما زاد الصبغ وفيمن اشترى
ثوبا فصبغه ثم استحق من يده وابى المستحق ان يعطي قيمة الصبغ وابى المشتري ان
يعطي قيمة الثوب ابيض انهما يكونان شريكين بقيمة الصبغ لان الثوب في الاستحقاق
اخذ ممن هو له وكان شريكا بالقيمة ولا يرد الصبغ بخلاف ذلك العيب

فلانه يغبن في كون صبغه بالرجوع بارش العيب قاله المازري وغيرهم تنبيه
عزو التتائي العزو المذكور لعبد الحق وقال الشيخ بالبيان لانه لا يجبر على الشركة
او يغرم يدفع ثمن الثوب كواجد العيب ان رضي بامضاء البيع لم يجبر على الشركة
قال ابن الاكثر انما ثبت له في الشركة قيمة ما لصاحبه او يدفع عنه الاخر
يدفع قيمته البيع فلما كان في الاستغلال لم يدفع قيمة الصبغ ليخرج عنه فلم
يثبت للصبغ قيمة بانفراده وليس للمشتري رد الثوب بالعيب نافيا عما اشتراه
فلو شاركه بقيمة الصبغ وكان اكثر مما زاد على قيمة الثوب كان قد دفع نافيا بالنقص
الذي احدثه الصبغ ولم يرد البيع ذلك الصبغ فاذا جبر له بالنقص وشاركه بما زاد
وانما قال ابن القاسم في المدونة وهو قول اصبغ ايضا في العامل في القراض يصبغ
الثوب من عنده فلم يرد رب المال ما صبغه انه يكون شريكا بما ودى وقال في الاستغلال
ويكون شريكا بقيمة الصبغ وفي العيب بما زاد لان المقارض مأذون له في تنمية
المال فكانه صبغه باذن ربه وللصبغ حصة في ثمن السلعة والله اعلم وانما
ان من دفع ثوبا الى صباغ فاخطأ فصبغه غير ما امره واعترف الصباغ بذلك
فله ان يعطي قيمة الصبغ وياخذ ثوبه او يضمنه قيمته يوم قبضه كالغاصب
والسارق ويفارق الثوب فاذا رده فلا ربه يغبن في اعطاء قيمة الصبغ او تضمينه قيمة
الثوب غير مصبوغ ولا يكون شريكه كالاستغلال والرد بالعيب لان الصانع غير
متعد وانما اخطأ والغاصب والسارق متعديان بكل حال والخطأ لم يعذر بحمل على انه
تنبيه قال العبدوسي تحصيل الشركة بالصبغ في خمس مسائل مسئلة العيب ومن
القت الريح ثوبه في قصرية صباغ والاستغلال ومن فلس بعد صبغه ثوبا اشتراه
فاخذه بائعه بقيمته ومسئلة القراض الا ان الشركة كذا بما زاد في الثلاثة
والرابعة بقيمته وفي الخامسة بما ادى ولا شركة في ثلاثة مواضع من صبغ ما غصب
لزمه اخذه بحالته او قيمته ومن دفع ثوبا لمن اشتراه منه فلسا وانه عنه بعد صبغه
لم يدفع بائعه قيمة صبغه وغرم له فاتبعه قيمته ابيض والغلط يحكم كذلك
ومن صبغ ثوب رجل فلبس قبله ما زاد الصبغ فيه وانما قال في الجلاب من اشترى
امة سمينة فهزلت عنده ثم اطلع على عيب بها فله ردها ولا شيء في هزالها وان اشترى
دابة سمينة فعجفت عنده ثم اطلع على عيب بها فهو بالخيار في حبسها واخذ ارشها

وفي ردهما ورد ما نقصهما الثقب عنده واخذ ثمنه لان الامة انما تراد للمنفعة
والاستمتاع وذلك يوجد مع الهزال والزاينة الثقب ينقصها في جميع نفاقها
فان كانت الزاينة اريدت للزينة فيزول ذلك بالثقب وان اريدت للخدمة فينقص
بالهزال وان اريدت للحمل فكذلك ايضا والامة لا تشترى فيها موجود مع الهزال
فلذلك افترقا والله اعلم تنبيه قيد بعض الشيوخ الهزال بما اذا كان من
غير علة واما ان علم ان الهزال انما حدث بذلك من علة فكان ذلك عيبا ويكون كما لو
حدث عند المشتري عيب اخر وهو تقييد كما هو والله اعلم وايضا فان قلت اذا
علم المبتاع بعد البيع ان المبيع لغير البايع فله في الرد والتماسك على ان عهدته على
الامر الذي يرضى الرسول انه بلغتهما على نفسه فلا حجة للمشتري واذا باع الغاصب
ما غصب ثم قام المغصوب منه ورضي بالبيع لا اختيار للمشتري مع انه لم يدخل على ان
العهدة على الامر لان في المغصوب منه خير من ذمة الغاصب قاله التونسي تنبيه
تعقب ابن عبد السلام رحمه الله هذا الفرق بان البايع لو كان غير غاصب لما كان
للمشتري فيها حجة في انتقال العهدة قال وكان يمشي في حال السر الجزا كان ان احتمال
ان يستحق ويفلس في كل البيع عادة فيسمح للاحتراز منه بعيب انتقال العهدة فيه
كالعيب الذي يستوي فيه المتبايعان في الجهل به فلم يكن فيه مقال واحتمال الوكالة فيه
لان الغالب ان متولي البيع مالك للمبيع فعيب العهدة فيه كالعيب الذي يطلع الا المالك
عليه ه وهذا ضعيف افرقا فيه عموم تناوله مسئلة الغاصب وعن ابن عرفة رحمه
الله بان انتقال العهدة عن الوكيل اشهر من انتقالها عن غيره من غاصب وغيره وهذا لا
كاد يكثر من عيب قبل عقد البيع ولو ساعة لا مطالبة للمشتري على الوكيل ما لو لم تعذر
مطالبة الموكل وفي عيب المطالبة بيد على بايعه منه كان غاصبا او غيره ان تعذر عليه
المستحق الحين لانه غريم غريمه ولا يلزم من اعتبار اخص اعتبار اشهر وهو فرق تام
والله اعلم واما قال ابن القاسم اذا ابتاع المبتاع الولد او قتله او اراد رد الام
بعيب انه يرد ما ورد معها ما اخذ من ثمن الولد او قيمته خلاف المدلس يبيع الولد
ثم يجد المبتاع الام فلا شيء له ولده فيما بيع من ولد لان المبتاع في الرد بالعيب مختار
للرد وقد كان له ان لا يرد ويأخذ قيمة العيب فلما اختار الرد واخذ ثمنه وجب عليه
ان يرد ما اخذ في الولد لئلا يحصل الولد بغير ثمنه وكذلك في التدليس البايع هو مختار

للرد وقد كان له أن يتماسك بثمنه فلما اختار الرد لم يكن له أن يرجع فيما ترك
لقوله عليه الصلاة والسلام ايما رجل فلس وادرك رجل ماله بعينه فهو
احق به من غيره فدل ذلك على أن له الخيار فيه والقول قوله ان وكما لم يكن
له أن يترك الاخ ويقوم بثمنها ويقر العلو لأنه لم يكن عليه الا ثمن واحد وكذلك
لا يكون له أن يأخذ الاخ ويقوم بثمن العلو قاله ابن يونس ونحوه في الكامل من هذا
وانما عرف ذلك في البراءة بين الرقيق ونحوه لان عيب الرقيق قد لا يعلم ابدا من
جهته فربما لم يعلم له وكتم ذلك وله في ذلك غرض صحيح وهو محتمد ان يكون
عنده بائعه الزمن الطويل فيكتم ما به لئلا يباع فيجوز لبائعه بعد مدة البراءة اذا
لم يعلم بالعيب وليس كذلك سائر الحيوان لان كثيرا من العيوب بها يستحيل فيها
كتمانها وانما قيل بدخول عهدة الثلاث في الاستبراء دون السنة لأن
الثلاث والاستبراء تماثلا لعمومهما في كل عيب وخصوص السنة بالجنون
والجذام والبرص قاله ابن رشد وانما لم يلزم وقف الثمن في الخيار اذ ضمانه
من البائع ويلزم في المواضعة والغائب اذا اشترطه لان في الخيار منحل وبيع
المواضعة والغائب منبرم ولانه اذا خرجت الامة من المواضعة فلا خيار لاحد
من المتبايعين على صاحبه وكذلك بيع الغائب اذا وجد المبيع على صفته بل هو
اخص من المواضعة لأنه يصح بشرط النقد في بعض انواعه والضمان من المشتري او
يصح شرط الضمان منه وقد تقدم تقريره في فروق الخيار وانما منع النقد
في عهدة الثلاث بشرط والزموا النقد في بيع الثمار بعد الزهو بمجرد العقد
وكلاهما في ضمان البائع لان الغالب في الثمار الامن والسلامة ولا كذلك الرقيق
وايضا ما يطرأ على الثمار يستوي فيه علم المتبايعين بخلاف الثلاث لا يحتمل
تعذر البائع بالعيب او نسبه وانما منع شرط النقد في عهدة الثلاث
واجيز في عهدة السنة في عيوبها بيسيرة لأن الغالب السلامة فيما يتوهم من الوقوع فهي
تارة بيعا وتارة سلفا ولا كذلك عهدة الثلاث لان الغالب فيها ان البائع من كل شي
تنبيه عهدة احدى المسائل الاثني عشر التي يجوز النقد فيها تطوعا ولا يجوز
شرطه وهي بيع الخيار والعهدة والمواضعة والبيع الغائب على صفة صاحبه
والعروض البعيدة الغيبة ومن اكترى دابة ليركب بعد شهر ومسائل الجعل والاجارة

علم

على حراسة زرع وكراء الارض بغير اجنا مؤونة وكذلك الجنان والارض المبيعة
على التكسير وفي المختصر فسابل لا يجوز النقد فيما هو غلة ولا شرطها انظره في
كتاب الاستبراء من النكت وانما لا يجوز وضع الثمن عند البائع في المواضعة
وان كان قد تطوعا عليه ويجوز في الرهان فيتم عليه لان الثمن في المواضعة عين
العين يحمله ذلك على جول الربح ولا كذلك الرهن بانها وضع توثقا وانما تجب
العهدة على الوصي فيما باعه من اموال اليتامى للتجارة بها ولا تجب فيما باعه
لا لها وفيه عليهم لانه ما باعوه للتجارة فعلوا ذلك اختيارا من غير ضرورة
البيع اذ لا يلزم الوصي ان يتجر بمال اليتيم فاذا فعل ذلك اختيارا صار كالوكيل
المفوض اليه الذي يقضى عليه بالعهدة لكونه بعمل ذلك اختيارا واحل نفسه
محل مالك السلعة في التفويض اليه في فعله متى شاء ومن شاء بخلاف بيعها
لا لا لها فانه بمنزلة وكيل معين على بيع امر معين فلا عهدة عليه فنبه على حكم
عامل القراض والشريك المفاوض اليه في نصيب شريكه اذا باعه مع نصيب
نفسه حكم الوكيل المفوض اليه العهدة عليهما وانما قال في المدونة عن
مالك في الوصي والوكيل المفوض اليه اذا اشترطا ان لا عهدة عليهما الشرط
ينفعهما ان كانا من اهل العلم والدين وان لم يكونا كذلك لم ينفعهما لان اهل
التقليد والافراد في الديانات يعتقدون التمتيع بهم ويوقعون بهم بعد الاشتراط
لانه اشتراط ما لم يعتد فيه منفعة ويبخس منه ويكرهوا ان يطلبوا ما لهم فيهم
ومن صح انهم بمعنى على الامانة تطلبوا النصيب ان اذ لا يخفهم معرفة بالتمتيع فيهم
وانما قالوا لا عهدة على الوكيل المعين اذا باع واذا اشترى فالثمن عليه
نقدا كان او مؤجلا لان العادة ان من وكل على شراء سلعة او بيعها اليه ثمنها
وانتقال العهدة اخر ما منه فيه اذا اظهر استحقاقا او اطلاع على العيب
ومن افتر لا يقع فلا بد ان يجعل على الوكيل عهدة فيما باع وجعل عليه اتماما لتيقن
بالثمن لان كل متنازل لا بد ان يكون له ثمن وانما لم تجب العهدة في الخبز المسلم فيه
على احد القولين ووجبت في المبيع المعين لان الخبز المسلم فيه غير معين ونص
التعيين الكامل فيه انه يتخفف الجهل بسبب الادواء المعتبرة في العهدة بل
تثبت العهدة فيه لانه يطلب علمها وانما قال مستور لا عهدة في عقد احد

تأمل

عهدة بخلاف عبد اشترى مع ان الجميع شراء مع ان العبد المأخوذ عن دين لو وجبت
فيه العهدة لادى الى فسخ الدين في الدين فمنعوا لهذا وهذه فائدة حسنة فتأمله
وانما لم تجب العهدة في عبد المهر او على المشهور وتجب في العبد المبيع مع ان الجميع
معاوضة لان عبد المهر او عوضه ليس بمال محض خارج عن احكام العقود المالية
في هذا وايضا فانه قد يتسامح فيه ان البضع اذا عقد عليه وجب تنزيهه عن مشابهة
البيع اذ لا يصح العقد على بضع لا يستباح في الحال والبيع لا يصح اشتراط تعجيل
استباحته لانه كاشتراط النقد في عهدة الثلاث واشتراط النقد ممنوع فاشبه
هذا منع اثبات العهدة فيه لكون الاثبات فيه يقتضي منع النكاح وفساده وان
يرفع حكم العهدة فيها وهذا فيكمل ان اهمله فيكون مع البناء كما لا باهليه
وانما قال في الموازنة والمواهبة لا عهدة في عبد وقاله سحنون وغيره لا غير
وتجب في المبيع لان التسلف كرفقة المعروف فلا يبنى الامر فيه على التشاح والمغابنة
الذي كالبيعة والهبة بعد لان فهو المسلف اذ هذا او اراده فمنعه نفسه تحرم
عليه ما بعد خلاف البيع فتنبه والاقالة والتولية لا عهدة فيهما
على المعروف لا يقال تخرج في الاقالة ايضا خلاف من انه هل الخلاف في الاقالة
هل هي نقض او ابتداء بيع فان قيل بانها ابتداء بيع وجب ثبوت العهدة فيها
لانا نقول وان قلنا بانها ابتداء بيع فان هذا بيع فهو فيه ان المعروف دال فلم
بالعهدة المقصود فيها المعاوضة على جهة المكايسة ولم يقع في المذهب
خلاف في الرد بالعيب انه لا عهدة فيه وان كان قد قيل في احد الاقوال يعتبر ان
الرد بالعيب كابتداء بيع ولاكن هذا وان قيل فموضوع اوجب الشرع بغير
اختيار ووقع اليه العبد فخرج عن العقود التي هي مبادلة المقصود فيها
المكايسة وانما لا عهدة في العبد المخالع به وتجب في العبد المبيع ان كلا
منهما معاوضة لان المرأة لما ملكت نفسها بالخلع ملكا تاما لا تعقبه رد
وجب ملك الزوج العوض كذلك وايضا الخلع ليس كالبيع المحض ولهذا جاز
مع وقوع بالغرر على احد القولين وايضا بالمرأة قد تستعجل فيه فلا تشترطه
وهو مطالع بمنعها فما ذلك كاشتراط النقد فيما فيه العهدة وقد قدمنا
ان اشتراط النقد في عهدة الثلاث لا يجوز فلذا فهم اثبات العهدة في الخلع

عه

منع

مع المعاوضة وجب منعه في نفسه دون منع اصله كما تقدم في التوجيه
لانفكاك العشرة في النكاح وانما سقطت العشرة في العبد المسلم فيه دون
المبيع لان السلم يقتضي المناجزة اذا قيل لا يجوز تاخير راس مال السلم فوق
ثلاث ابن رشد وانما يجوز تاخيره الثلاثة ايام اذا وقع على المناجزة وهو قول
من المدونة بدليل وانما سقطت العشرة في العبد المصالح به على الدم فكان
دون المبيع لان المصالح به كالهبة في غير الوارث وايضا فانه يقتضي المتاركة
لانه اخذه على ترك خصومة فلا يجوز النقد بل فيه وانما سقطت العشرة
في المشترى على الصفة دون الحر ولان وجه البيع يقتضيه لاقتضاء المتاجر
اذ اكان النقد من ثمنها بعقد الغائب على ما ادركت الصفقة فيباع بيع الصفقة بيع
موجز فاشبه للثمار وانما سقطت العشرة في المعقود عليه دون المبيع لان انفكاك
فيه ان كان معينا فكانه انتزاع وان كان غير ذلك اشبه المسلم فيه وايضا انقطاعه
خارجة عن المعاوضة المقصود فيها المناجزة والمعقد فيه فلهذا سقطت العشرة
فيه وانما سقطت العشرة في بيع الثواب والمصالح به عن دم العمد دون
المبيع لان مبنى الثواب على المكارمة والمواصلة واصل الدم فلكونه
خارجا عن المعاوضة المقصود فيها المناجزة والمعقد فيه كما تقدم وانما
يقبل قول الواحد في عيوب العبيد والاماء وان كان على غير الاسلام اذا كان المعيب
ينظر الى حقيقته ولا يقبل في العيوب الا قول رجلين حرين عدلين لان ذلك علم
يقتبسه ويحصله فاكتفي فيه بالواحد لان المطلوب في القيام ثبوت وهي بوجوب
للمشتري الرد بالعيب والمطلوب في العيوب غرامة يطلب بها البائع واثبات
ذلك في ذمته والعيب لا يثبت الا بشاهدين مع كون العيب اذا كان فلا يمكن فيه ان
يستكذب المخبر او يستخبر قبل التهمة تبعد واذا ثبت فذلك مما انفرد بعلمه الشاهد
فلذلك لم يقبل فيه قول الواحد

فروق كتاب الصلح

وانما تجوز المصالحة على الغائب وتجوز على المحجور لان المصالحة مبايعة
وفعل ذمة وذلك سائغ للمحجور دون الغائب فتتبعه من المحجور من اجل ان
المصالحة على الغائب اذا اشهد فيها بالترك للغائب مثل ان يثبت عليه حق

فيلزم مشتريه غير الاشتراء فيدعو للمقاسمة فيمنعها لما سمع فيه من الاسترداد
والمنصوص عليه في الروايات المنع من ذلك لأن الذي يفوت البيع في توكيله إياه
قال ابن رشد رحمه الله في نوازله من خالف ذلك من الموثقين برأي وقد أخطأ
ومقاسمة الوصي على المحجور عليه بخلاف ذلك وانظر تحصيلها في
المترجم بتنبيه الطالب الدراك على صحة الصلح المنعقد بين ابن معروف وابن عبد ك
وأما قال يحيى عن ابن القاسم فيمن قتل قتيلين إذا صالح أولياء القتيل الأول
ثم قتله أولياء القتيل الآخر أن الصلح ينتقض وإذا صالح المبتاع الشفيع
الحاضر في حصة شركائهم ثم شفع الغيب بعد قدومهم أن الصلح لا ينتقض ويرد
القاتل إذا قتل من يشفع نصيبه من صلحه وانتفع بقتله فما أخذه من صالح ومن لم
يصالح والشفيع المصالح لا منفعة له في أخذ شركائه بالشفعة قاله ابن رشد
في الأجوبة وأما اتفقوا على أن للموصي إذا صالح المدعى عليه على الإنكار
أن ينقض الصلح إذا أقر له بعد ذلك واختلفوا في نقضه إذا صالحه ثم قامت له بينة
بينة لم يعلم بها لأن المدعى عليه في الأول وقف على نفسه بالظلم وهو مقيم
على إنكاره وأيضا المدعي معذور في ترك لعدم تثبته واستكشافه وأما
اتفقوا على أن للمدعي نقض الصلح إذا صالح على الإنكار وذكر ضياع صكه له وبعد
الصلح وجدها بعده واتفقوا على أنه لا رجوع له في الصلح إذا صالح وقال له
غريمه أثبت بالحق فأقمه وخذ حقك فقال قد ضاعت وإنما أصالحك ثم يوجد
وجد الصك لأن الغريم في الثانية معترف وإنما طالبه بإحضاره ليبرئ ذمته
فعن رضى منه بإسقاطه واستحسان حقه والأول منكر للحق وقد أشهد أنه إنما
صالحه لضياع صكه وهو كالشهادة أنه إنما يصالحه لغيبة بينته والله أعلم
وأما اتفقوا على أن من صالح لتعذر بينته وشركه القيام بها إن لم يذكر ذلك
وقال ابن القاسم فيمن أخر مدينه لقلته ليبشر أنه متواع على الفقهاء لم
يستعملوه واطلقها على ذلك أن هذا الصلح لا يلزم ومتواع على المدين
الفقهاء كما في استحلاف الطالب لا إن اشترط إسقاط اليمين فلا ما يوجبه
الشرع فلم يكن له شرطه لذلك تنبيه ذكروا في المذهب أن المتصالحين
لو اصطلحا على إسقاط البينة أو على أن المدعى عليه إن نكل عن اليمين غرم

العموم غير ان يرد اليمين على المدعي ان ذلك فاقر وعلى قول الامام المازري رحمه
الله بهذا وبما قبله لا يكون النكول يوجب الغرامة من غير رد اليمين على الا
الشرع واجاب القاضي الامام ابو عبد الله ابن عبد السلام رحمه الله بان
اشتغال اليمين بعد الذي سلف بمقتضاها فلا يلزم بل ولا يجوز ابتداؤه واقام الحكم
على اشتغال الذمة فهو على اشتغال صواب في بعض وجوهه وايضا فاشتغال
الذمة بغير علمه فيها وفيما اشهد به دليل على خلل عند التشكيك فيها في شهادة
واقام الحكم على ان المدعى عليه يغرم بالنكول من غير يمين فهو اقرب لمقتضى
الشرع على راي الحنفية وغيرهم فلا يبعد اقتضاؤه كغيره من مسائل الخلاف
اذا ارتفع

فروق كتاب الاقضية

واعلم انه لا يجوز للخليفة ان يستبد ان جعل له الخلافة بعد ان عهد اليه وقبل
منه ويجوز ان يستبد الامر ولاة من القضاة والعمال لان القاضي وهنا من
العمال الخليفة ولذلك لا ينوب عنه في بعض الكلف والاشغال التي عليه ان يقوم بها
للمسلمين وينوب عنه في ذلك والموكل ان يعزل وكيله ولا كذلك العهد
لرجل بكونه بعده اماما للمسلمين فهذا ليس هو لم يجعل غيره له ينوب عنه فيه
كما نصب القاضي ينوب عنه في الاحكام وانما هو علم حكم به على المسلمين
واحكام عليهم نافذ فيه قاله الامام رحمه الله وانما اتفق العلماء
على قبول رواية المراة عن النبي صلى الله عليه وسلم وفتواها في الحلال والحرام
وغير ذلك من النوازل والاحكام اذا كانت من اهل الاجتهاد واتت حكم
واختلفوا في عقد القضاء لها ومذهب مالك واكثر العلماء منعها على الاطلاق
لان القضاء احد مراتب الكمال فلا تعقد له المراة لاجل نقصها لانه نوع
من الامامة الكبرى فيجب ان لا تعقد لها فيما سواها عليها وايضا اذا قيل بانه
لا يكون اماما في الصلاة لم تكن قاضية لان القضاء ضرب من الامامة ويشهد
لهذا المذهب ويؤكده الكلام من النبي وفيه تشبيه هذا المعنى مثل قوله تعالى
وقل للمومنات يغضضن من ابصارهن وان القاضي يكون مشتهيا مشتهرا الكثير النظر
الى ما يريد به من الاحكام والعموم وفيه حالة تنافي ما امر به من غض
ابصارهن وايضا فان القاضي يحتاج الى مخالطة الناس على اختلاف طبقاتهم

وميقاتهم وربما رفع صوته وأصوات النساء ينبغي أن لا تذكر وكذلك وفي
قال صلى الله عليه وسلم إنما التصفيق للنساء، وأشار بهذا إلى منعهن من النطق
في الصلاة لأجل كون صوتها عورة عند من يرى العورة على هذا فأحرى أن يمنع
ذلك من قضائها بين الناس وفي قوله صلى الله عليه وسلم خير صفوف النساء
آخرها إعلام بمراتب التقديم وهذا ينافيها في القضاء وقد ورد من الخبر ما هو نص فيه ولم
يكن في هذا الخبر قوله صلى الله عليه وسلم لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة وعموم
هذا يقتضي منع المرأة القضاء كما اقتضى منعها الإمامة. فنبيه
ذهب ابن جرير الطبري ومحمد بن الحسن إلى جواز ولايتها القضاء على الإطلاق
ونقله القاضي ابن عبد السلام رحمه الله من رواية ابن زياد عن ابن القاسم
واحتجوا بولاية أم الشفاء الحسبة وهي قضاء، وحكومة قال الإمام أبو عبد
الله المازري رحمه الله وقد اعتذر بعض الناس عن هذا بأنه إنما جعل لها
تغيير ما يقع منكرا في السوق وهذا خارج عن ولاية القضاء. وإنما جعل
الفقهاء القول قول المدعى عليه ولم يجعلوا القول قول المدعي مع أن كون
كل واحد منهما ممكنا لأن الأصل براءة ذمة المدعى عليه من الحقوق وبراءة جسده
من القصاص والحدود والتعزيرات وبراءته من الانتساب إلى شخص معين ومن
أقواله كلها وأفعاله بأسرها وكذلك الأصل عدم اشتغال ما ثبت للمدعي
من الحقوق وعدم نقلها فيدخل في هذا جميع العقود والتصرفات حتى الكفر والإيمان
وإنما منع سحنون ولاية المعتوق القضاء وأجاز شهادته لأن المعتوق قد يستحق
ويجب رده إلى الرق وإبطال عتقه بأمر يوجب ذلك فيفضي ذلك إلى رد أحكامه
لكونها وقعت منه وهو عبد فيؤول الحال بكونه رقيقا فيراعي الحكم
بالذي يوجب انتفاء حكمه كما لو جهلنا فسقه أو كفره ولا تنقض بغير العلة
بقبول شهادته مع جواز ثبوت ما يوجب رد عتقه فيكون الحكم بشهادته
بإبطال الحكم للإقلاع مفروضة في أن لا يوليه ويؤدي من لم يتقدم عليه رق وأمره
له من قبول شهادته لأن المعتوق يشهد عنده بأمر تعتبر عليه الشهادة به ولا يعرفه
سواه والإقلاع ويكبر للمسلمين على من يوقع عليهم ومن سود التكفر بهم أن يجعل
عن ولاية من لا يشرف به نقص أحكامه الحر لأنه من شرفه فيه نقصه والركبر إذا

انتهاء النظر فيه كله رد فعله وإنما لا يجوز التحكيم في غير الأموال من الحدود
والنكاح واللعان والقتل والنسب والولاء ويجوز في الأموال لأن هذه الأشياء
يتعلق بها حق لغير المتحكمين فإذا حكّما رجلا في اللعان يتعلق به حق الولد في
نفي نسبه من أبيه ويقع نفيه عن أبيه بهذا الرجل المحكم وليس له ولاية على
المحكم له في هذا الولد وكذلك الأنساب والولاء يسري في ذلك إلى غير المحكمين
ومن يسري ذلك إليه لم يرض بحكم هذا الرجل المحكم وكذلك القتل والعتق وفيهما
حق الله سبحانه إذ لا يجوز أن تبقى المكلفة البائن في العصمة ولا أن يرد العتق
إلى الرق وإن رضي بذلك والله سبحانه إنما استحق هذا الحق في هذا ولم يجعله
للمكلف في حقه هذا إلى هذا الرجل الذي حكمه هذا فإنه لا يجوز وإنما هاب
أكثر العلماء إلى المنع من الحكم بالعلم في الحدود واختلفوا الاختلاف المشهور
في حقوق الخلق لأن الحدود تدرأ بالشبهات وفيها أيضا هتك الحرمات ورُبّما
تُهمته أيضا أن آفة القضاء وما لا يحكم فيه إذ اتهم غلط القاضي فيه بخلاف
الحقوق الجالية وأيضا فإن القاضي هو القائم بالحدود فصار ذلك كالحكم
الخصم لنفسه وإنما منع القاضي من الحكم بما رآه وسمعه وعلم صحته يقينا
وعلما ضروريا وجوّز له الحكم بالبينة التي تحصل له عند الشهادة وإن كانت في
الباطن فاسقة وغايته ما تفيد الظن لأن القاضي منع شرعا له الحكم بعلمه إذ
ذلك إلى تلف أموال الناس إذ قد يكون بعض القضاة بحكم الجزالة وهو في
الباطن فاسق فيصيب فربما يدعي على رجل مالا ويقول القاضي علمت صحة ما قاله
المدعي فيتلف بهذا أموال الخلق ويكون من الحكمة والمصلحة منع القضاة أن يحكموا
بعلمهم فتبيّن لمن نظر في هذا الفرق وقياس ما هو من التوجيه بعقله ويتضمن
أن القاضي لا يقبل قوله ثبت عندي كذا إلا أن يسمي البينة ويذكرها في حكمه لأنه
أيضا قد يقول ثبت عندي ما لم يثبت فإذا أحال على البينة أمن من إتلاف أموال
الناس وقد ذكر ابن القصار هذا وروى أن ذلك لا يقبل منه بغير البينة وقاله
في القاسم الجلاب وإنما يحكم القاضي على علمه في عدالة الشاهد وجرحه
بلا خلاف ولا يحكم بعلمه في ذلك على أشهر المذاهب لا يكون الشاهد عدلا أو
مجرحا مما يطلع عليه غير القاضي كما اطلع عليه القاضي ولا يكاد يخفى

ص

حيث

للقاضي

من غيره وقد يعلمه القاضي من اقرار رجل عنده وقد يشهد به القاضي وقد
يشاركه غيره في علمه فلاجل هذا الانفراد منع من الحكم بعلمه في هذا
واجيز في التعديل والتجريح لاطلاع غيره عليه وتبعد التهمة فيه ولو قضى
لو منع القاضي من الحكم في العدل والجرح بعلمه لادى الى وقوف الاحكام
لما يتمنع من التسلسل وذلك ان القاضي اذا شهد عنده عدلان يعرف
عدالتهما او شهد عنده من لا يعلم بعدالتهما ويكلفهما او يسمع تعديلهما من غيره
له فتعد ذلك او يقتصر على من يعدلهما اذا علم عدالته ايضا فان سوغنا له
ذلك في الطبقة الثانية سوغناه في الاولى وان لم نسوغ له ذلك في المعدلين
كلفناهم تعديلا اخر ثم يطلب ايضا غيرهم بالاخر مثل هذا فلا ينتهي هذا وقد لا
يتناهى لا يتسع ومثل هذا كما يقول المتكلمون من امتناع الامور في استحالة حوادث
لا اول لها واذا وجب قبول من علمه القاضي عدلا وان لم يعدل لئلا يفضي
ذلك الى التسلسل وجب ان يحكم بعلمه ايضا في التجريح اذا علم الشاهد
مستجرحا وان لم يقتض التسلسل لكون الحق لا يبطل على ان التعديل والتجريح في هذا
الحكم سواء وانما ينتقض حكم الحاكم اذا تبين ان الشاهد عبد او ولد ولا ينتقض اذا تبين
انه فاسق لان العدالة والجرح امر يعول القاضي فيهما على الظن وابن جنيهاد في
غالب الامر فلا يامن ان يكونوا الشاهدان غلطا ايضا بخلاف العبد فانه مقطوع
بكونه عبدا فلهذا افترق الامر على ان نقض الحكم به وهو كفر بخلاف الاجتهاد
تقيده وكفسق وقرابة الشاهد وعداوته وكونه مولى عليه بعد الحكم كفسق
رقه لا كفسق وسفهه والله تعالى اعلم وانما قال اصبغ بنفوذ حكم القاضي
لوالده وولده وزوجته ولا تقبل شهادته لهم لان الشاهد يحكم عما يعرفه بعلمه
والقاضي يحكم عما يشهد به غيره لانه لا يتوصل الى القضاء الا بشهادة بينة
فيبعد عليهما وهذا بخلاف حكم القاضي بعلمه بما اقر عنده بكذا لان هذا
بما يشهد به ايضا كالشهادة فتبين وما يحكم في هذا المسالك بخلاف الجمع
لم لا تجوز شهادته لزوجته واقاربه الذين لا تجوز شهادته لهم لان الحقيقة اذا
اعان القاضي الذي تقوم عليه على رواية كما مر واستثنى ما كان كما ذلك مثل
احالة القاضي على بينة بسببها في حكمه اذا حكم لاقاربه وبالجملة ينبغي للمفتي

المشهور من هذا فتى قدر عليه قال الامام ابن رشد رحمه الله تعالى ورضي عنه
ونفعنا بعلمه وعمله وقد نزلت مثل هذا في خلع لزوجته في موازية وسالني
القاضي وانا متهوم في العتق فامضيت ولا اذكر ذكرنا في هذا ما قاله من تقدم الا انه
واشار اليه من ان العتق لا تجوز فيه الشهادة وقد قال سحنون ان القاضي في
بشيء عمله في مثله شهر عنده فيما هذا القائل واشار بهذا الى تصور
التهمة في العتق كما تتصور في الشهادات وانكره لانه قد يتهم هذا القائل
انه اراد ان يكون شهادته ويقضيها بقوله فيما يقتضي اقتداء فلت من
هذا النمط فتوى مالك رحمه الله في استغراق ولد ابراهيم او محمد تعنيتهما وهو ما
قال عياض وحكم فيها بقوله وقد ايضا ذكر ابو محمد عبد الغفار رحمه الله
في مسألة عبد الواحد مع امرأة تزوجها ثم ان الميت عليه فافتى بانه لا يحلف معنى
نعم ما يحلف عليه فاخذ بقوله وحكم به وعليه استمر العمل ببلاد افريقية
اذ ذاك ولولا بقاء فتوى الامام وعبد الواحد ونكر لان المسألة وقعت ثم لا فـــا
نقول فتواهما ليست بقاصرة عليهما وانما هي متعدية لغيرهما الى قيام الساعة
وقد ذكروا ان العبد اذا روى حديثا يوجب عتقه بنفسه انه يقبل ذكره يفرح به ونذكر
هنا همة اعتذار القاضي ابي عبد السلام من الحكم في نازلة حكم فيها القاضي ابو اسحاق
ابن عبد الرفيع على الفقيه ابي عبد الله بن الحباب بان شهادته تقدح في حكم القاضي
ابن عبد الرفيع فصرف الحكم الى الفقيه ابي عبد الله بن الحباب وقضى فيه بين البــكل
الرفاق الا تكمن الشيخ ابي محمد الاجمي وانمـــا لا يستبد القاضي بتعيين
الفعل الواقع بكمال دعواه على المشهور والحمد له في العتق والطلاق والنسب
ويستبد بتعيينه في غيرها لان حق العقود الثلاثة قد يتعلق بها حق لغير الطالب
القائم غير تعيينها فالعتق فيه حق الله سبحانه وحق في الولاء للعصبة وكذلك
الطلاق فيه حق لله سبحانه ومن حلو الزوجان ثم رجعا باشغالهما فلا يثبت فقد
لله سبحانه فلا يلتفت الى رضاه بذلك وكذلك النسب قد يتشوف فيه الحق
لغير منشئه وانمـــا لا يقضى على الميت والصبي والغائب والمجنون في الديون
الا بعد استحلاف الطالب لانه تغلل عنهم لا ان ثبت بشيء منه ان يدعي
قضاء الدين وكذلك الصبي والمجنون والغائب فلو ادعى الصبي على الا المعولية

والمجنون في حال جنونه. تنبيه قال ابن هارون كان عبد الله بن كنانة يقول في بعض القضاة انه لا يعرف موضع يمين القضاء ولا يفقهها موضعها وهي واجبة على من يقوم على الميت او على الغائب او على اليتيم او على الاحباس او على المساكين او على كل وجه من وجوه البر وعلى بيت المال وعلى من استحق شيئا من الحيوان والعروض ولا يتم الحكم الا بها قاله في التوضيح وهذا يقتضي ان كل بينة شهدت بحق فانه يستظهر بيمين الطالب على ظاهر الامر قال ابن الحاجب وقد تسقط يمين القضاء في بعض الصور وذلك اذا اقر الرجل بقضاء دينه في مرض موته فلا يجب على صاحب الدين ذلك بمنزلة الوصايا ويمين القضاء منزه لا نص على وجوبها لعدم الدعوى على الحالف بما يوجبها الا ان اهل العلم راوا ذلك على سبيل الاستحسان نظرا للميت والغائب واحتياطا عليه واحتمالا لاحتمال الشك في بقاء الدين عليه. وانما لا يحكم على الغائب في الرباع على احد القولين عند ابن القاسم ويحكم عليه فيما سواها لان من حجة المحكوم عليه في العقار ان يقول بالغائب اذ به فوائده واليه معاده وايضا الرباع لا تنقل ولا تغيب ولا يزال بها فيتيسر الطلب على مستحقها وكان العلة الموجبة للقضاء على الغائب ان نقصت في الرباع فلم يتم الحكم فيها مع الغيبة لا سيما وابو حنيفة يرى ان من شهدت عليه البينة وهو حاضر فغرب فانه لا يحكم عليه وهو يؤدي الى تلف الحقوق فقال صاحب بغير احد دينا ابدا فاذا ورد الرباع من غير ما تقدم. تنبيه عدم الحكم على الغائب في الرباع مقيد اذا لم تطل غيبته ويدخل ذلك تحت قوله في الجلاب وانما يمكن الغائب من التجريح بالفسق في الوكالة اذا حكم بها وهو غائب ولا يمكن فيما سوى ذلك على احد القولين لان الوكيل يحكم له بالوكالة من غير ضرب اجل والحكم على الغائب بحقوق للعبد فيها من الحق شفعة وضرب الاجل لها يعطل في الحاضر وانما قال ذلك في الغائب اذا نسي القضية وشهد عنده عدلان انه كان حكم بها فانه يحكم بما شهد به الشاهدان على صحة فلا يحكم بذلك ولو كان ذاكرا للقضية وكذا اذا شهد عنده عدول بان فلانا غيره عدلا عالما قضى بقضية فانه يجب عليه تنفيذها اذا تحوكم اليه فيها واذا شهد عدلان على رجل بانه شهد بكذا وكذا ولم يذكر هو في نفسه بانه شهد بذلك ولا عنده علم منه فانه

لا يحل له ان يشهد بذلك لان الشاهد من تعين ان يقول فيما يشهد به بان يشهد على القطع
واليقين لا على الظن فكان لقوله تعالى وما شهدنا الا بما علمنا والقاضي بالعكس من ذلك
لا يجوز له ان يحكم بعلمه ويجب عليه ان يحكم بالظن الحاصل له عن شهادة عدلين فلهذه
لا يقال الا ان تقول نشهد بان فلانا ذكر فيه اليقين على البت فلا يرجع فيه الى الظن الا في نزر
ان الشهادة بالنسب والموت ونحو ذلك مما يؤدي الى امثال ذلك يكتفى فيها بشهادة السماع
لما تعذرت المشاهدة والعلم للضرورة من جهة العسر والكلفة في العناد وعقود البياعات
الى امثال ذلك لا تقبل فيها شهادة السماع لما كان اليقين فيها والمشاهدة من الغالب
وهو يقتضي ان يعرف الشهادة له عند القاضي بانه قضى بقضيته ومن الشهادة له عند غيره
بان غيره قضى بها بل وما يفعله غيره من القضاة لا يشاهده على البت وانما يتوصل اليه
بالنقل والخبر نفسه لا يقتضي فيما الى نقل غيره فيمتنع قياس الشهادة عليه على
الشهادة بذلك على غيره وقد مال الى ذلك الامامان ابو حنيفة والشافعي
رحمهما الله ورضي عنهما الا انا نقول ايما اذا انكر القاضي احكامه ونقله عنه شهود
لا يكون حفظ جميعها فيرجعوا للضرورة الى الرجوع فيها الى الظن فيستووا عندهم في
الشهادة بذلك على القاضي نفسه او على القاضي غيره وقد دلنا ذلك ان الشاهد من يعرف
خطه ولا يذكر الشهادة وفيها من الخلاف ما هو مبسوط في محله من الدواوين ومن اشار بهم
الى الضرورة ان دعوا الى القضاء بامثال هذه الشهادة لكون من يكتب شهادته لا يمكن
ان يحفظ جميعها على البت وانما لا ينعزل القاضي بموت من ولاه وينعزل الوكيل لان
القاضي انما ولي للمسلمين والمسلمون باقون بخلاف الوكيل والوكالة ففوضها اليه بل
من فروع مصلحته فزوال تنبيه قال الاخر كوش رحمه الله ولا ينبغي ان يقدم القاضي
على يتيم لموته ومن له الى العكاظ اختلف فيما قبضنا ولذلك استحسنوا ذكر
امضاء البائع تعريفه فيما ينعقد من تصرفات اليتيم له وقد وجدت ذلك في قديم الوثائق
وان كان القول بعدم توقفه على امضاء البائع هو الصواب وانما لا ينعقد الا ما
الى حكم اذا اخرى بشفعة بالولاية وبعض القضاة ان حملهم حب الرياسة وشره
الطمع في المال والجاه على ارتشاء من ولاهم بتعيينهم على حفظ رياستهم فحكموا بالبت
او جعلوا ما يسقط عن التهم فانه يجب زوال تلك ورفع ضررهم عن المسلمين اذا ومن عرف
منهم من يقول فيهم لان الخليفة لو خلع بعزول فشفعة لاذ وخلعه الى سقوط الرقاء وكشع

المحرم وتلف الاموال لما يجري من المشاحنة عند تنفيذ الحكم وخلع الامام بخلاف
الفضلاء. تنبيه: اختلف في القاضي هل ينعزل بنفس الفسق او حتى يعزله الامام
قال الامام ابو عبد الله المازري رحمه الله ظاهر المذهب على قولين اشار ابن
القصار الى ان القاضي لا تنعقد ولايته مع كونه فاسقا وان كان الفسق عليه بعد
ولايته انفسخ عقده وذكر اصبغ ان القاضي اذا كان فاسقا في احواله جازت احكامه
ينفذ منها ما كان صوابا وان كانت شهادته لا تجوز وكانه جنح الى اعتبار المصلحة
وان عامة المسلمين كالمجبورين على الانقياد الى ما يحكم القاضي به لهم وعليهم ولم
يكن عزله الا ان يفضي بينهم بفتنة فلو قلنا ان ما كان ظاهره الصواب في احكامه ينقض
اذا لم يكن عدلا لحق الناس من الضرر الشديد بهذا اذا انتقضت احكامهم وما قضي به بينهم
لهم وعليهم في املاكهم وحرمهم يوجب حسم الفساد بالانفاذ فما كان ظاهره الصواب
لان البواطن في الاحكام لا يعلم حقيقتها الا الله تعالى وانما منع ابن شعبان وغيره
ولاية قاضيين على ان لا ينفذ حكم احدهما دون الاخر بل لا ينفذ الا ما اجتمعا عليه واجازوا
حكم الحكمين في جزاء الصيد وفي الشقاق بين الزوجين لان الحكمين ان اختلفا انتقل الى غيرهما
فلا مضرة في اختلافهما وفي القاضيين مع الولاية لا يمكن الشغل عنها بعد انعقادها
ونفاذها ويؤدي اختلافهما الى توقف الاحكام والغالب اختلاف القاضيين. تنبيه:
ذكر القاضي ابو الوليد الباجي رحمه الله انه قد ولي في بعض بلاد الاندلس قاض ثلاثة
قضاة على الصفة ولم ينكر ذلك من كان في البلد من فقهائه فلان وفلان وقد عد من
زمن النبي صلى الله عليه وسلم الى زماننا هذا يدل على منعه قال الامام ابو عبد الله
المازري رحمه الله وعندي انه لا يقوم دليل على المنع اذا اقتضت ذلك المصلحة
ودعت اليه الضرورة في نازلة وراى الامام انه لا يرفع التهمة والريبة الا بتقديم
رجلين فيها وان اختلفا نظر غيرهما في ذلك ويستكفي بغيرهما وانما يجب على القاضي
ان احكم بامر ونسيه ويشهد به شاهدان ان يمضيه بلا خلاف ويمضيه اذا شهد على
قضاء غيره بلا خلاف لان احكام غيره لا يتوهم تجديد فيها الا بالنقل فيكتفي فيها بالظن
بخلاف احكامه بانه يعلمها من جهة نفسه فلا يرجع فيها الى الظن. تنبيه: من بعض
على هذا الجاري بان الحاكم قد تكثر احكامه فينسى فتدعو الضرورة الى الرجوع فيها
الى الغير وانما لم يوجبوا عليه الرجوع منه الى قول العدلين في اصل القول لرفع نسيانه

بحكمه وأوجبوا عليه الرجوع بانتقاله إلى قول العدلين في الصلاة إذا أخبراه بعدم
إتمام الصلاة لأن الأصل في الصلاة عمارة الذمة والذمة إذا عمرت بيقين فلا تبرأ
إلا بيقين ويؤيده أن الشك في النقصان كتيقنه ولا كذلك الحكم لأن الأصل عدم مسه
فالعمل بشهادتهما به إعمال في الباطن والله أعلم وإنما يرجع القاضي إلى قول
العدلين باختلاف إذا أخبراه أنه قد حكم وهو منكر للحكم فلا يقطع بعدمه ولا يرجع
الإمام إلى قولهما في الصلاة إذا كان عالما لأن علمه في مسألة الحكم عارضه علمهما
وتعلق بشهادتهما حق للمحكوم عليه فترجح إعمال شهادتهما على القول بعدم ذلك وليس
كذلك في الصلاة فإنا لو أوجبنا على الإمام الرجوع إلى قول العدلين لأدى ذلك إلى إهمال
علمه وإعمال علمهما مع تساويهما وذلك ترجيح من غير مرجح وهو محال لا سبيل إليه
وإنما للقاضي العدل العالم أن يحكم لنفسه ويعاقب من تناوله بالقول وأذاه
بأن ينسب إليه الظلم والمواجهة بحضرة أهل مجلسه ولا يحكم لنفسه فيما شهد به أنه أذاه
وهو غائب لأن مواجهته من قبيل الإقرار وله الحكم بالإقرار على من أشرك فله إذا
كان له الحكم بالإقرار فيما له كما يحكم به لغيره كان أخذ والحكم بالإقرار في عرضه
كما يحكم به في عرض غيره لما في ذلك من العون للدلالة والاجتراء على الحكام بمثل هذا تؤدي
لهم بالمخالفة أو تؤدي إلى التخالف تنبيه رحمه الله تعالى في رسم تأخير الصلاة من
سماع ابن القاسم دليل هذا الحكم وأصله قطع أبي بكر الصديق رضي الله عنه يد الأقطع
الذي سرق عقد زوجته أسماء لما اعترف بسرقته فهذه الرواية الصحيحة وإنما نعرج
لا نواهمه على قبول كتب القضاة وإعماله سواء وصل قبل موت الكاتب أو عزله أو وصلت
المكتوب إليه أو عزل قبل وصول الكتاب إليه أو لا إذا كان القاضي الكاتب المنتهي قد
أشهد على كتابه وأما إن لم يشهد على كتابه وإنما اجتزأ بالخط كما في قضاة الزمان في
المغرب الأوسط والأقصى فإنه لا يصح قبوله ولا العمل به إلا أن يصل والقاضي الكاتب على
حاله ولايته فإن مات أو عزل قبل وصول كتابه لم يصح للقاضي المنتهي إليه العمل به بوجه لأن
حال الكتاب المشهود عليه كالإشهاد على حكم مضى فيجب إنفاذه بخلاف الخط فإن
العمل بقراءته إذا ثبت أن يقال مقام قول القاضي نفسه ثبت عندي كذا لأن ذلك هو من قول
الكاتب وهذا إنما يقبل منه ما دام واليا فإذا عزل لم يقبل منه على حال إلا أن يكون على
ذلك إشهاد في حال الولاية يجوز عمله بالشهادة ويؤيده قول المدونة وإن قال القاضي

المعزول فلا فرق بين أن يشهد به البينة عنده اذا قال حكمت بكذا لم يقبل ذلك منه بكذا لك
كتاب القاضي المعزول. تنبيه قال الشيخ ابو عبد الله بن الحاج رحمه الله في
تنبيه الحكام على مآخذ الاحكام وغلط في هذا النوع اليوم جماعة من الطلبة وجرى
بيننا وبينهم نزاع كثير لانهم حملوا ما وقع لهم ذلك وغيره في فصول كتب الفضلاء فما تأولوا
او حملوا على الخلافة وتوهموا ان ذلك في مثل ما عمروه ووقع التسامح فيه من ترك اشتراط
الفضلاء على كتبهم والاجتزاء بمعرفة الخط. قال ابن عرفة رحمه الله ونزلت هذه
المسئلة في عام خمسين وسبعمائة من هذا القرن كذا وقت نزول الطاعون ايام امير
المومنين ابي الحسن المريني في خطاب ورد من مدينة فاس لتونس فوصل خطاب قاضي فاس
وقد تقرر علم موته بتونس فكرح خطابه فشكى من وصل به الى امير المومنين فسال اصحابه
ومعهم شيخنا ابا عبد الله السطي وكان قاضيا فافتى باعمال خطابه واحتج بنحو
ما ذكر ابن الحاج مع ما زعمه فوقف اصحابنا على كلام ابن الحاج هذا فرجع اليه
وكتمنا انه لم يكن له بها شعور قلت وقد جهل هذا الاصل بل هذا الفصل جميع من لقيته
من اعيان الطلبة والفضلاء فاجازوه وهو غلط فاحش وخروج عن القواعد والاسلوب
المعروف للعلماء والله اعلم وبه التوفيق للاول سوالا وانما يقبل من الحكم ما اثبته
به بغير العجز ولا يقبل منه ما يأتي به بعد التعجيز لان التعجيز رد من قوله قبل نفوذ الحكم
عليه وكذلك العجز وانما قالوا اذا نسي الحاكم قضية فشهد بها شهود عنده
بذلك شاهدان انه يجب عليه امضاؤها واذا شهد شهود الفرع ونسي الشهادة شهود
الاصل لم تقبل شهادتهم وفي كلا الموضعين هو نقل عن غيره لان الشهادة على الحكم
شهادة على الحاكم وليست نقل شهادة وشهادة الفرع انما تثبت حكما بثبوت
شهادة الاصل لانها نقل والنقل يتبع الجهة المنقول عنه واذا نسي شاهد الاصل
الشهادة لم تقبل شهادة الفرع وانما قالوا في القاضي يقول بعد عزله انه حكم
لزيد على عمرو بكذا وكذا لا يقبل قوله وقالوا في المأذون له في التجارة يقبل قوله في
كل دين اقر به بعد الحجر بقول القاضي بل يلزم أن يكون كذلك لان الاصل واحد لان المأذون
له في التجارة لا تهمة عليه فيما اقر به لان ذلك يتعلق بذمته والقاضي لا يتعلق بما
اقر به في ذمته شيء وانما ذلك حكم يريد تنفيذه ولا يجوز ذلك لانه معزول قلنا انك
اعترفا وانما قال قلت اذا تراضيتما بان حكما بينهما رجلا يلزمهما ما حكم به عليهما

ولم يكن لأحد منهما الرجوع عنه وإذا ارتفعا شهادة شاهدين يلزمهما ذلك وكان
للمشهود عليه الرجوع مع أن التحكيم موجود في الجميع لأن امضاء الشهادة إنما هو
اختيار على ما لا يعلمانه فإذا ادعيا خلاف ذلك كانا متهمين او قد اراد علاه فمنعا الرجوع لأن له
أن يقول لم يأت بما أعلم وليس كذلك التحكيم لأنه اختيار على ما لا يعلمانه فلم يكن فيه
رجوع لأنه لا يجب أن يكون فيه تكذيب من المحكوم عليه وإنما قال مالك لا يجبر على
مشتري شيء من الربع والعقار ولا بين مشتري شيء من العروض والحيوان الا بعد بينة
أنه ما باع ولا وهب لأن الربع والعقار مما جرت العادة بكتب الوثائق فيهما عند انتقال
الملك عليهما والاعلان بالشهادة فيهما فإذا لم يكن عند احد عقد عليه شيء من العقود
والكتائب وفاقها ليس للطالب فوت حجته واكتفى بالبينة عن احلافه بخلاف
ما سواهما من المنقولات التي يخفى وجه انتقالها ويغلب من الناس على المسامحة في كتب
الوثائق فيها فتوجهت اليمين لذلك تنبيه قال بعض المتأخرين ومن ذلك اذا اشتريت
من بين غاصب واذا اشتريت من يد غاصب فلا يجبر على تسليمها اذ ابتاعها ملكها

فروق كتاب الشهادات والدعاوى

وإنما قال مالك بقبول شهادة الابنين على ابيهما بطلاق امهما اذا كانت منكرة للطلاق
ولا تقبل اذا كانت مدعية له لأن الام اذا كانت منكرة للطلاق فإنهما يتهمان على ان يجرا لها
بشهادتهما من تسلطها عليهما وإنما تجوز شهادة الصبيان بعضهم على بعض في القتل
والجراح ولا تقبل في الأموال لأن الله عز وجل قال واعدوا لهم ما استطعتم من قوة ولما كان
بنا حاجة الى تعليم الصبيان وتدريبهم على الحروب لم يكن بد من حفظ جراحهم ودمائهم التي تقع
بينهم ولم يكن حفظها الا بشهادتهم لأنهم يبعدون عن مواضع الرجال ولا يكادون يخلطون
بهم فكانت بنا ضرورة الى حفظ ذلك عليهم كما كانت بنا ضرورة الى حفظ الدماء والاحتياط
عليها فأجيزت العدالة فيهما ولم تجز في الأموال لأن الغالب فيها ان تطلب موضعا لا يغيب عن الناس
وكذلك جازت شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال من الولادة والاستهلال
وكذلك شهادة الصبيان فيما لا يحضره الرجال تنبيه فإن قيل فأجز شهادة الفساق
والشرب اذا تجارحوا وتقاتلوا لأن العدول لا يحضرون ذلك قيل له ليس بنا حاجة
الى حفظ دمائهم وجراحهم بل قد نهوا ان يجتمعوا ويفعلوا مثل ذلك فلم يجز ان يجروا مجرى
الصبيان الذين قد امرنا بتعليمهم وجمعهم كما ذكرناه وإنما قال اشهب بقبولهما في

الجراح دون القتل لان القتل اعظم من الجراح بدليل ان القساوة فيه دون الجراح
وشهادة الصبيان ضعيفة فوجب قصرها على اضعف الامرين وانما لا تجوز
شهادة النساء بعضهن على بعض في المواضع التي لا يحضرها الرجال مثل الحمام
والعرس والمآتم وتجوز شهادة الصبيان بعضهم على بعض فيما لا يحضره الكبار لان
قبول شهادة الصبيان فيما ذكر على خلاف الاصل فلا يصح القياس عليه في
شهادة النساء وانما اختصت الشهادة في الزنا باربعة شهداء وفي غيره
عملا بنص ما روي في البينة بشاهدين لان القاذف لا خروج له الا بحد القذف فغلظ
عليه بذلك بزيادة عدد الشهود ليتعذر عليه ما لعله فيكون ردعا له
من معاودة القذف وردا للمعرة على المقذوف وايضا الانسان مامور بالستر
على نفسه وعلى غيره فلما لم ينكر على الشهود بالزنى القيام بشهادتهم وقاموا
بذلك من غير ان يجب عليهم وتركوا ما امروا به من الستر غلظ عليهم في ذلك سترا
من الله على عباده وايضا الزنى يتعلق بفعلين لان الزنى منه ومنها فمنه
الفعل ومنها التمكين فاحتاج كل فعل الى شاهدين وفيه نظر لانه يلزم مثله في
كل ما يكون من اثنين واحسنها الثالث والله اعلم وانما قال ابن القاسم اذا لم
يعرف الشهود بالعدالة فيه لم يقبل عليهما حتى يثبت الرواة الذين يعرفوا بالعدالة فيهم
على غيرهما حتى يذكروا لان اهل البلد من الحاضرة من الحضر وعوام والغالب ايضا الحرية
ولا كذلك العدالة لكثرة ما احدث الناس من الفساد وانما قال فيمن سمع
شاهدين يخبران ان رجلا بعينه اقر عندهما بحق لغيره واشهدهما على نفسه بذلك لا يجوز
لهما ان يشهدا على شهادة الشاهدين المخبرين الا ان يكونا قالا اشهدا على شهادتنا
خلاف ابن القاسم بالحقوق فلهما ان يشهدا بما سمعا من ذلك لان الشاهدين لو سمعاهما
يذكران ذلك فيحتمل ان يكون ذلك الرجل قد قضى ما عليه واشهدهما ايضا بالدفع او
اشهد غيرهما او قام بدين كان له عليه فلما احتمل ذلك لم يشهدا الا ان يشهدهما
على انفسهما بان يقولا لهما اشهدا علينا او يقولا انا عندنا لفلان كذا واما الاقرار
بالحقوق فلهما اذا سمعا رجلا يقر بحق من الحقوق واستوفيا اقراره بكونه يقول لفلان
فلان كذا فقبضته منه كذا وبقي علي منه كذا فيشهدان بما نقل في ذلك وفيه خلاف
وايضا الحق لحق الغير لا يجوز له الرجوع عنه بدون الشاهد فلا يجوز له الرجوع

عن شهادته فلذلك افترقا وإنما لم يجز للشاهد أن ينقل عن الشاهد ويشهد على
شهادته حتى يقول له اشهد على شهادتي وجاز له أن يشهد على حكم الحاكم وإن لم يشهده
إذا علم بذلك لأن الحاكم لما كان لا يشهد على حكمه وجب أن يشهد بذلك غيره والشاهد
لما كان يشهد به لم يشهد غيره على تلك الشهادة لأنها يقوم بها من يشهد بها وإنما
قال غير واحد كابن الماجشون لا شيء على الشهود إذا غلطوا وعليهم الغرم إذا كذبوا
واعترفوا بالزور والغارة بلزومه شيء وإنما قال ابن القاسم وابن الماجشون وابن
حبيب لا يقبل في حكم القاضي أنه حكم لفلان بكذا إلا شاهدان ولا يقبل شاهد ويمين وإن كان
العقود المحكوم فيه مالا وقال ابن القاسم في الغائبين ثم رآه شاهدا أو أحدا على النكاح بعد
الموت فإنما يقبل ويرث ولا يجامع بينهما إن كان واحد منهما شهادته على ما ليس بمال وهو
آيل إلى المال لأن أيمان المال بنكول المطلوب من المنكر للمدعي استحقاق المطلوب
على رد شهادة الشاهد بالحكم فإن ذلك لزومه الغرم بلا يمين وكذلك النكاح فإن
المقصود فيه ذاهبة إلى القبول قاله في التوضيح وإنما ضمنوا الشاهد فيما
أتلف بشهادته مع أنه متسبب ولم يضمنوا القاضي مع أنه مباشر لأن المصلحة العامة
اقتضت عدم تضمين الحكام فما اختلفوا فيه لا يضمن لو تكرر البيع مع كثرة المحكوم فـ
وتزدد الخصومات لزهد الأخيار في الولايات واشتد الضرر عليهم فيعسر حال الناس بعدم
الحاكم وكان الشاهد بالضمان أولى لأنه لا مدخل للحاكم في الالتزام والتعيين وكما قيل
الحاكم أسير الشاهد وإنما قالوا إذا نسي شهود الأصل الشهادة بطلت شهادة
الفرع وقالوا في الخبر إذا نسي المخبر أنه يروي عنه فإنه لا يرد والراوي ليس بفرع للمروي
عنه فلم يتوقف في ذلك إلى ثبوته وشهادة الفرع للتثبيت الإثبات شهادة الأصل
لأنها فرع عنها وأيضا المخبر لما جاز له أن يخبر بالخبر بحضور المروي عنه جاز
للناقل عنه أن يخبر بذلك وإن كان قد نسيه المخبر ولما لم يكن لشاهد الفرع أن يشهد
مع حضور شاهد الأصل لم يجز له أن يشهد بما نقل عنه في حال نسيان الأصل فلذلك
افترقا وإنما قالوا إذا شهد شاهدان على رجل بعتق عبده فردت شهادتهما
لا يجوز لواحد منهما أن يملك العبد بل ولكن عتق عليه وإذا أعتق المفلس عبدا له
ورد الغرماء عتقه بأنه اشتراه بعد لم يلزمه فيه عتق مع أن العتق في الجميع لم يمض
لا وعتق المفلس قد بطل ببيع السلطان وبعد حكمه لم يلزمه عتقه وإعادة البيع لا في

ذلك العفو فقد يكمل بخلاف الشهود فإن العفو المشهود به لم يكمل عندهم لأنهم يعتقدون
ان ذلك قد ما صدر او ان ذلك لا يجوز ويعتقدون ان الحاكم يحمل عليهم في ذلك وفي المسئلة
خلاف وانما قالوا اذا اقر الاصل الخصم او ثبت بما يشهد به على فلان رد فلان بما شهدا به هو
الحق كان له ان يرجع عن ذلك بعد شهادتهما ولا يلزمه ما شهدا به واذا قال رضيت
بيمينك لم يكن له ان يرجع عن ذلك وقد لزمه الحق من حلف خصمه وفي كلا الحوفين هو
رضي بما يكون من جهة الغير لأن للأول ان يقول انما رضيت بشهادتهما لأني كنت ظننت انهما لا
يشهدان الا بالحق واما الثاني فلا نه رضي به حجة بهذه الحجة وليس كذلك في اليمين
لأنه لا يدعي هذا المعنى فيها ولأن اليمين ان كانت في جهة المدعى عليه فقال المدعي
احلف فإن ذلك نكول منه عن اليمين فلم يكن له الرجوع عن ذلك لأن نكوله قد ثبت اليمين
في جهة خصمه وان كانت اليمين في جهة المدعي فقال للمدعى عليه احلف فقد نكل عن
اليمين فيكون كما قلنا في التي قبله وليس رضاه بالشهادة بنكول منه عن شيء وجب
عليه فافترقا وانما قالوا اذا قيل للرجل ارض بشهادة فلان من فلما شهد
عليه سخط ان ذلك ينفعه رجوعه وان حكما رجلا يحكم ثم سخط لم يقبل قوله لأن الحكم
اجتهاد لا يصل الى الفسخ فيما له بخلاف الذي رضي بشهادة رجل فيرجع عن رضاه
بعد الشهادة لأنه يدعي كذبه ويقدح بخلاف ما شهد به وكأنه يقول كنت ظننت انه
يشهد بالحق والآن شهد بغيره وانما يقضى بالعدل اليمين في البيع ولا يقضى به في
النكاح لان زيادة العدالة تنزل منزلة شاهد واحد والشاهد الواحد لا يقضى به
مع اليمين في النكاح بخلاف البيع وانما قال في المدونة اذا شهد شاهد على
معاينة الغصب والآخر على اقرار الغاصب انه غصبه تمت الشهادة واذا شهد شاهد
على قتل خطأ وشهد آخر على اقراره بقتل الخطأ لا تلفق الشهادة مع ان الجميع مال لان
المقر في الخطأ مقر شاهد على غيره فلذلك لم تلفق فيه الشهادة وكان هذا الشاهد على
الاقرار نقل بعض الشهادة وليس كذلك في الغصب وفي معناه قتل العمد ولذلك افترقا
والله اعلم وانما اختلف القول في التحليف مع شاهد من شهدا على خط الحاكم ولم
يقل احد من فقهاء الامصار سوى ابن ابي ليلى بالتحليف مع شاهد من عدلين شهدا في
العقود والبيع مسائل شتى لأن خط الحاكم فيه مقام شاهد لأن الشاهد على خطه لم يشهد
على لفظه وانما شهد بما يدل على لفظه فصار خطه كشاهد قام عليه فنقل عنه مثله

الشهادة فشاهد ان قال بدون اليمين لاجل المنقول عنه ان شهد كشاهد واحد وهو
حكمه تنبيه قال الامام ابو عبد الله ابن غازي رحمه الله ولاجل هذا التعليل
ذكر ابن الحاجب خلافا في قبول شاهد واحد على هذا الحكم لانا اذا جعلناه حكم
الحاكم على نفسه فلا يقام شاهد يشهد على حكمه فانه لا يقبل نقل شاهد واحد
عن شاهد واحد وان قلنا ان حكمه كالحكم فشاهد واحد مع اليمين معه يقضي به
عليه وانما قال فكذلك اذا اشهد بالملك واحد لم يقض للمدعي حتى يشهد
له به حتى يحلف مع شهادته ولا يكفيه اليمين على شهادته فانه لو كان ممن لا
ان يضيف الى ذلك ما باع ولا وهب واذا انفرد الشاهد الواحد فالمذهب فانه
يحلف المدعي بانه مفروض في شهادته ولا يلزمه ان يضيف الى ذلك انه ما باع ولا
وهب لان الشاهد انما شهد بالحوز وكون الشيء المغصوب هو المدعى فلاخذ المدعى
عليه من يده بغير اختياره وهذا لا ينهض الشهادة بالملك لان رؤية اليد وتصرفه
في يده زمنا طويلا لا يدل على انه ماله وانما يدل على انه ماله كقول ابن يونس
والكثيرة ولم يرد مدح في هذا الزمان اجماع ولا نوزع في ذلك وشاهدهم به
فيه ثم والحالك ويشهد عوالا انه لنفسه وملك له ولا اعرفتكم ذلك وانما
كان زيادة في قوله في الاستحقاق ولا يعلمونه باع ولا وهب ولا فوت شيئا شرطهم كما في
وثيقة الحق وشرطهم عمدة في وثيقة اليمين لا حلف الورثة على العلم في وثيقة القسمة
وحلف الحق على البت والقطع فلذلك افترقا وانما قالوا في الشاهد اذا عرف
حكمه ولم يذكر الشهادة انه ان كانت في كاغد لم يشهد وان كانت في رق شهد لان
الرق قد لا يعرف بعينه بعد الغيبة عليه ولا كذلك الكاغد غالبا وانما
قال ابن رشد اذا كانت في بطن الرق يجوز له ان يشهد وان لم يذكر الحكم وان كانت
في ظهره لم يجز لان البشر يكتبها الرواة في بطنه وانما قال سحنون انه اذا
كان بخط الشاهد الذي كتب الكتاب وكتب شهادته جاز وان كان كتب شهادته فقط
فلا يجوز له ان يشهد حتى يذكر الحكم والوثيقة لحكمه من نفي الشك في كون شهادة
لحكمه فلا يشترط كون الشهادة وفقط لحكمه لان ما كان الكتاب خط غيره في
الغالب تحمل له ولا تحمل له في الكثير قال ابن عرفة رحمه الله والعلم بذلك
للضرورة وايضا اذا لم تكن الوثيقة كلها لحكمه فقد يتخيل بالها وعلى شهادة

الشاهد لكونه غيره فلا شهد به قال ابن عرفة رحمه الله واخبرنا شيخنا ابو عبد الله
ابن سلمة رحمه الله في هذا المعنى عن بعض قضاة عدول تونس وهو ابو عبد
الله بن الغواد كانت له زاوية بعقد الوثيقة وكتبها اتاه طالب بوثيقة فقال
له قال على امرها انكره واذكر الشهادة عليه به فطلب منه رفع شهادته
في الوثيقة فقال له فتحققوا فيها شهادته بخطه ولم يتذكر موجبها وانه شهد على
ذلك الرجل وكان ممن لا يجهل فلم يذكر ذلك وعرفت له حين يتعاطى رفعها له
تبعته فحكه ونعته عن تقرر شهادته على الرجل المذكور فكانت الوثيقة
بيده وهو يتأمل ويتذكر في نيته فعرضت له حاجة اخرجته من بيته وهي في
يده فاتفق ان نظر بها وبيده ممدودة عنه اعلا وجهه وهو في ضوء الشمس فوقع
بصره على شبهة في كاغد الوثيقة فتأمله لضوء الشمس فوجد محل شهادته في
الكاغد اثر المحو الملاقي طفيفا بكاغد كتب فيه هذا المحو على المطلوب فلما تكشف
عنه وقد عرف دافع الوثيقة له وقع هو قلت ونزلت مثلها عام مرقا سنة
ثلاث وخمسين وثمانمائة وذلك ان بعض عدول تازى قدم علينا بفاس وانتسخ
معه رسوما بعقود وشين لكنها عتيقة ثم اخذ شهادات شهود بلده وخطابات
قضاتهم في بعضها بعضوه التسوري الشهير بابن المعلم رحمه الله فلما قدمتها من
رسوم غيرها فلما انفتحت الصا فاقاظيفا بتلك الرسوم المتعلقة ونسبتها عند
فاس المحروسة واراد تسجيلها على ما جرت فاهر الجماعة بفاس ابي عبد الله
ابن عبد العزيز الله فلما شرع في تقابلتها مع بعض عدول الحضرة الكريمة بعد
اعمال قاضي الجماعة المذكور فلما تبين مراحل التسجيل عند قاضي تازى تعرضوا
لذلك الصدع ومكملوا به قاضي الجماعة فلما استشعر ذلك التازي المذكور فر
الى بلده دون ان يستغفر بما جناه الشيخ ابي عبد الله ابن حمو اسال الله العافية
في الدين والدنيا والآخرة وايضا فقال في كتاب ابن سحنون لو وجد عن شهادته
في اقرار ورجل ممن لا يعلم ونحو ذلك بعض الفقهاء بذلك وافراد بالترود
قبل اقامة في ذلك وقالوا فيمن بلغ او غاب وعليه طلبه حتى يرده فلا يحكم بمن
رده عن دينه لو ونيه وفي كتاب الموضحين فرات التي هو لا نسبتها الشاهد عن بني

بذلك

في رفع الضرر من تسبب المدعي في رفعه لاشتغال الذمة بعد برفعه وعدم اشتغالها
الشاهد بين برفعه لشاركته من عمومه فهما في ذلك قاله ابن عرفة رحمه الله وإنما
قال ابن عبد الحكم ان شهدا على رجل انه اقر لفلان عنده بمائة دينار ثم رجعا
بعد القضاء وقالا انما شهدنا بباطل عمدا وعمدنا لرجع المقضي عليه بالمائة
بحسبه عليهما ولا تقبل شهادتهما للاخر بكرا انا انه يخرجهما ابن رجوعهما ولا يغرمان
له وعذروهما بالنسيان واختلفوا في ضمان المودع بالنسيان وضمنوا من اقر بثوب
لزيد ثم اقر به لعمرو ولم يعذروه بالنسيان الا ان الشاهد من قد يكن محمله للشهادة له
ولو حكم بالنسيان كان عليه ضررا عظيما ولو اقر بتعمد الزور للأفيغل ان يتفق
على تضمينه قاله ابن عبد السلام. تنبيه تعقب ابن عرفة رحمه الله هذا
العرو فقال قوله وعذروهما بالنسيان يرد بان النسيان في هذا الباب عند
بعضهم انما هو عدم ذكر الانسان ما كان ذاكرا كمودع شيئين لرجلين لا يتذكر
لكل منهما منهما بعينه لا فعل ما يتعذر جوازه اوقوله وموجب الواقع عين ما في
لا رعيد الشاهد في مثل المسألة انما هو المعنى الثاني الاول واوجب قوله
عدم تضمينهما ما قاله ابن عبد الحكم وهو صواب فتامله وقوله ولو حكم بالنسيان
كان ضررا عظيما وقابل بان عدم تضمينه ضرر بالمشهود عليه وهو بين فمن
والشاهد من هو المجرم فكان اولى بالخسارة وقوله ان اقر بتعمد الزور لا ينبغي ان يتفق
على تضمينه فيه نظر لان مقتضى قول ابن عبد الحكم لا يغرمان له شيئا الا انه ان كان
له حق فهو يبقى على من شهد عليه ان تعمد الزور وعدمه سواء وانما رجح
اتفق الجزم باحد النسيين عند التعارض بالاعرفية ولم يرجحوا بالاكثرية لان
المقصود من القضاء قطع النزاع ومزيد العدالة اشد في التحقيق من مزيد العدد لان
كلا منهما يمكنه زيادة العدد في الشهود ولا يمكنه مزيد العدالة قاله القرافي
رحمه الله وايضا الشارع لما قبل شهادة الزنى باربع والقتل باثنين
وقال في اقل الاموال مع اليمين دل على انه لا نظر للعدد قاله الحاذق رحمه الله
وايضا فباب الترجيح بالاعرفية موضع ما يحصل فيها وجب الحكم به وهو
الشاهدان اللذان هما الاعدل فيما للمحكوم عليه والكثرة وصف خارج عما وجب

الحكم به قاله ابن عرفة رحمه الله وهو محصول كلام الشيوخ في شرح المدونة
العدالة وصف داخل في ماهية الشهادة والعدد وصف خارج عن الماهية
تنبيه تعقب ابن عبد السلام رحمه الله من قال القرافي بقوله زيادة العدد
بمنزلة الغير سهلة وتقرير علم الأمور الوصفية مما كان داخلا تحت الحس
تضبط كم وأبعد عن التنازع والكسر كان أرجح وزيادة العدد منضبطة محسوسة
يختلف والعدالة مركبة من قيود فضبط الزيادة فيهما متعذر أو متعسر ولا ينبغي
أن تعتبر في الترجيح ورد عليه تلميذه ابن عرفة رحمه الله بأن قال رده أولا
بقوله لا نسلم زيادة العدد بمنزلة الغير سهلة يرد بأن القرافي لم يتمسك بها فهي
سهلة بل إنها ممكنة غير ممتنعة وكونها ليست لا يمنع إمكانها عادة وقوله
فيكم زيادة العدالة متعذر أو متعسر يمنع ذلك بأنا نعلم بالضرورة في شهود
شيوخنا وأمثالنا لنا من هو أعدل من غيرهم وإنما قال في كتاب محمد في الشاهدين
يشهدان بحق لرجل فيه شيء يسير يقضي بشهادة أعدلهما في حقهما وهو غيرهما كالوصية
وإذا شهد بعض القافلة لبعض في شهود القتل وقالوا لا ترد شهادة تهم مع أن الغير
لا يلزمه شيء والمعروف أن الذي يلزم الغير أداؤه يسير جدا فلا تهمة أو تقع
لأن في الدين ضرورة ليست في التجريح لأن تعلو الشهادة في التجريح وهي الجرحة
بأن هو متيسر فجملة بينة أخرى وتعلو الشهادة في الدين وهو عمارة الذمة
متعسر بعونه بعون الله وقوته قاله ابن عرفة رحمه الله وإنما أجاز في المدونة
لشهود الزنى تعمد النظر إلى عورة الفاعلين لتحمل الشهادة ولم يجز في اختلاف
الزوجين في عيوب الفرج نظر النساء إليه ليشهدن لأن لا بد من ذلك وكذا إذا
اختلفا في الإصابة وهي بكر فقال تصدق فينظر النساء إليها لأن الحكم
في الزنى هنا منحصر في الشهادة ولا تقبل إلا بمعاينتها أعيانه وأما الحكم
في تلك الفروع غير منحصر في الشهادة بل يتأتى بغير ذلك من الوجوه التي ذكرها
الفقهاء في محلها فلا ينبغي أن يرتكب محرم وهو النظر إلى الفرج من غير ضرورة قاله
ابن عبد السلام تنبيه تعقب ابن عرفة رحمه الله من شيخه هذا بقوله
يرد بأن ضرورة النظر إنما هي إذا لم يكن إثبات العيب إلا بالنظر فإن وكان
فيحصل لنا الجواب بثلاثة أوجه الأول أن الحد حول لمن يرد في الغير حول لا من وجه

مسألة

تعلق

الثاني

الثانية اقوى لقوتها فمن سرق وقطع يد رجل عمدا يقطع للسرقة ويسقط القصاص
الثاني قال الاجلة النكر ومنه الذي يحصل للجلود او لجسد وثوب القبر فيشتمل على
التسوية الثالث المنكر والبدع في الذي انما هو ضعيف الحشفة ولا يستلزم ذلك
من الا حاكمية بالنكر الى الفرج فلا يستلزمه النكر للعيب وانما قال ما ذلك
يقضى بالشاهد واليمين في الجراح ولا يقضى به في غيرها من جنس الدية لان في
الجراح لو جعل القصاص فيها بخلاف الاموال وارجع يحكم فيها بالشاهد واليمين
للاذى ذلك الى الاجتزاء على الدماء فاذا علم انه يقتص منه بالشاهد واليمين
كان ذلك انكفافا وزجرا تنبيه نقل القرافي رحمه الله ان مالكا علل القضاء
بالشاهد واليمين في القصاص وفي جراح العمد بانه يصالح عليهما بالمال في بعض
الاحوال واستشكله هو بانه الغير الاصل واعتبار الحوار والبعيد وذلك
لازم له في التعزير ايضا وهو خلاف الاجماع واستشكل ايضا من حيث انه لم يقل
ذلك في الاجنا من وقع انها مناوع ولا في الولاء وما له الى الارث وغيره وذلك
مما ماله الى المال وانما قال في الخرقة ان شهد على رجل شاهد انه سرق
متاع فلان انه يحلف صاحب المتاع ويستحقه ولا يعاقب الشاهد وكان عرة
وقال فيمن شهد عليه وعلى انه شرب الخمر ان جانت من يشهد وعنده ينكل فيجعل العدل
في منزع ينكل وفي تلك لا ينكل لان المشهود به في مسئلة الشرب مجرد لانها شهادة
بحد لا غيره وفي مسئلة السرقة المشهود به تعدد لانها شهادة بمال وبحد
اي قرابة من يستحق ذلك المال فلم نصرف الشهادة الى المال وانما وجب
الغرم في جبر التهمة بجرح المذكور عنها ولا يجب في جبر التعقيب الا بعد جبر المدعى
لان التهم لغيرها لا عرفة عنده بانكار الامر والانسان ممنوع ان يحلف على ما لا
يعلم معرفة في يمينه وانما [illegible] في الموازنة في المضغ الذي لم يعاين فلا يشهد له
به الشاهد ولا علمه [illegible] ان يعلم ذلك الامر قول الشاهد وغلب على ظنه
معرفة بخبرة او غيره ذلك لا بيانه لذا اليمين بذلك حتى ينبغي واتباعوا له التصرف
في قال شهد به شاهد ويل انه لا يعد بان التصرف في الاموال ورد من الشرع الثا
التعويل فيه على الظن للضرورة الى ذلك ولو وقف ذلك على اليقين لادى الى

لضرر عظيم واما تعليق التحليف بتعظيم اسم الله والقسم به بغير العرف فلا
يلتفت له هنا تطلع ما لابن الناظم رحمه الله تعالى وايضا فقال في الموازية فيمن
ادعى اذا قال متهم احلفوا لي على فلان ثلاثة دنانير ثم قال ان المدعى
عليه يحلف ولا تراعى المخالطة في يمينه ولا يحلف في غيرها ولا بد من ثبوت
المخالطة لان المريض يعتذر انه مشغل الى الآخرة فتبعد التهمة في ان يدعي محالا
فتسقط مراعاة المخالطة ولا يكون اشد من التهمة باعتبار توجه اليمين
عليه فيتوقف على الحال كما قلنا في المساقاة في مداينة العدول واختيار كلام ابن لكونه
لا يكون اغفار البينة فيها ويكون ذلك في المعاملات بالحال قاله الحاذق في كتاب
الجمالة تنبيه من احوال الحسابات التهم التي تتوجه فيها اليمين على المدعى
عليه من غير اعتبار خلطة وثانيهما الصانع وثالثها المتهم بالسرقة ورابعها
الغريب ينزل بمدينة فيدعي انه استودع رجلا مالا وخامسها التي يدعي في الرفقة
فيدعي انه ضيع ماله احد رجل وان كان المدعى عليه عدلا غير متهم فتسقط نقله
عمر الحاجب عن اصبغ وعلل يحيى بن عمر توجه اليمين على الصانع بانهم نصبوا
انفسهم للناس والزمه الباجي مثله في تجار السوق وقال اللخمي في الصانع
متى ادعى المدعي ما يشبه ان يتجر به اكتراه منه او لباس مثله والا لم يحلفه
ويراعى في الوديعة ثلاثة اوجه ان يكون المدعي يملك مثل ذلك جنسا وقدرا
ويكون مما يوجب الايداع ليس الغالب من انه يبلده ان يودع ما له لسبب
خوف او طلب سلطان او سفر بخلاف الحضري وان يكون المدعى عليه ممن يودع
مثل ذلك وايضا قال صاحب المفيد ومن افاد بينة ان قناته تجري على جاره منذ اربعين
سنين بغير حوز ولو جرت عليه اربع سنين كانت حيازة وقال ابن القاسم دارين بينهما
زقاق مسلوك باحدهما كوة يرى منها ما في دار الاخر فبنى جاره في داره غرفة
وفيها كوة فبالتقابل فطلب صاحب الغرفة سدها عليه وطلب الآخر سد
الغرفة وهي منذ خمس سنين حلف صاحب الغرفة ما تركها الا لمعنى الجوار وتسد
الكوة وفي كلام المتقدمين قد حصل فيه حيازة اربع سنين لا في حوز الاملاك عقد
لعيد بخلاف الغلات قاله ابن عرفة رحمه الله وانما لم يقبل الحاكم الحميد
في الشهادة مع كثرة العدالة وقبلوا في الفتوى والرواية مع ان الجميع اخبار

لأن الشهادة من المناصب السنية والمراتب العلية والنسوة تقصير في
الأهلية ونقصهن منه الغضية برد شهادة النساء إلا في مواضع الضرورة وفي
الأموال لكثرة المعاملة فيها فهم من هذا أن الشارع لا يحكم على منصب الشاهد
ومن المناسب أن لا يعكر الخسيس لمنصب النفيس مع إمكان الاحتراز منه
وحصول المقصود بغيره ولا كذلك الرواية إذ قد لا يتفق أن يسمع الحديث غير
النساء والعبيد وليست الشهادة كذلك إذ قد يكثر الشهود كما هو مراد هنا
فيتعين أن قيل هلا سلك بالعبيد مسلك النساء في قبول الشهادة قلنا
لم يسلك بهن هذا المسلك إلا في مواضع الضرورة بلا مشاركة وإما في شهادة
الأموال فإن العبد مشغول بخدمة السادات لا فراغ له إلى الأداء ولا يجبر على
أن المعاملات في الأموال تقع بين النساء والرجال بحيث يشق إحضار الرجال
والضرورة تدعو إلى القبول أما الموضع الذي يتيسر فيه حضور العبيد فيتيسر
فيه حضور الأحرار بخلاف الأقضية إذ الأكثر محروم من الأحكام والعبيد
أفسخ الأحكام

فرق كتاب الوكالات

وإنما لم تقبل شهادة الفرع مع حضور الأصل وقبلت الوكالة مع حضور
الموكل لأن الوكيل نائب لأن لسان الموكل وكلامه ككلامه وشهود الفرع إنما
يشهدون بنقل شهادة شهود الأصل فيشهدون بأمر لم يعلموه فلم يكن له
كالوكالة وأيضا القاضي يلزمه البحث عن عدالة الشهود وبكذا الشرع
قبول شهادة الفرع كشفا عن من قبل شهود الفرع وشهود الأصل وهذا
فيه كلفة بخلاف الوكالة وأيضا عدول شهود الأصل عن الحضور مع
حضور الفرع فيه استرابة إذ لو حضروا لأمكن القاضي من مناقشتهم وزيادة بينة
شهادتهم ما يوجب الوقف عنها ولا كذلك الوكالة وأيضا الوكالة
تجوز من الخصم إذا رضي خصمه ولا يجوز قبول شهادة الفرع مع حضور الأصل
وإن رضي الخصم وإنما تمتنع الوكالة على المتقدم إذا كان الموكل قاعدا
على قول ويجوز الوكالة على قضاء الدين وإن كان الموكل حاضرا وليس من

حوالة الدين لا يصح من قبوله من دين الوكيل لأن الامتناع من قبول المحال بوكالة
له فيه غرض صحيح لأنه قد يكون الأول أملأ أو أقل التعنت في المطالبات بحيث يسرع
الأداء بخلاف غيره الثاني ولو ترك الخصم مع خصمه لأمر ذلك مع كون الوكيل في علم
عدول من جهة الطالب وبخلاف الأداء أو أبرأ وجحد فإنه مثل من أبرأ بالحلف وقد
يتعدى فيها فلا يجوز ولهذا يجب أن تصح وكالة الحاضر بخلاف الوكالة على
قضاء الدين فلا تتناول الإبراء من الموكل أو الوكيل سواء إلا بتفويض واختلاف الأغراض
فيه وليس هنا ذلك لأن الخصم المطلوب والطالب وهو مقبل كما إذا لقي الوكيل الغائب
من جهة الخصم وأما هنا فكلا وإنما تلزم وكالة المطلوب بغير رضى الطالب
ولا تلزم الحوالة بغير رضى من له الدين لأن الطالب حقه في ذمة المطلوب
وإذا كان ذلك من حقه فكيف يلزم أن يشغل ذمته حقه إلى غير من استحقه عليه
لأن التزام دين الحوالة استقام لملكه عوضه واشتراه ذمة أخرى وأن البيع
والشراء لا يكون إلا بالتزام بخلاف الوكالة فإنه لا يتصور فيها هذا المعنى
وإنما قال إلا بعد إذا وكل على شراء سلعة بعينها أنه ليس له ردها بالعيب
الذي اطلع عليه بعد العقد إلا بعد رضى الموكل وإذن له في ذلك واختلفوا
على قولين إذا كانت السلعة ليست معينة وإنما وكل على شراء سلعة موصوفة
لأن الوصف يقتضي رضى الموكل في تحصيل تلك الصفات سليمة فإذا لم تكن
سليمة من العيب لم تلزم الآمر وصار الوكيل لم يقف على ما أمر به فله ردها
من غير مطالعة الموكل وإذا أمر الموكل أن يشتري له وعين تحصيل الغير على
أي حالة كانت فلهذا لم يكن الوكيل يردها وإنما قالوا فيمن أمر رجلا
يبيع له سلعة بثمن محدود أنه لا يلزم الموكل بيعها بدون ذلك وإن قل النقص
وإذا أمره أن يشتري بثمن محدود لزم الموكل الشراء بالزيادة القليلة لأن
الشراء لا يتأتى غالبا بما يعين الآمر حتى لا يزيد عليه شيئا وغرضه تحصيل
المشترى ولا يحصل إلا بتمكين الوكيل من زيادة يسيرة بخلاف البيع فإنه لا يلزم
للموكل لكونه لا يتأتى بما حد له أو يرد على الموكل ما وكله على بيعه وإنما
اتفقوا على قول الموكل إذا اختلف مع الوكيل في مقدار الثمن أو الأمور به واختلفوا

في اختلافهم في مقدار الثمن مثل أن يقول الآمر أو المأمور إن الزوج الموكل هو الذي يعيّن
المثمون وهو البضع وهو الذي يرجع الثمن بخلاف البيع فإن الوكيل ليس قبض ودفع
المثمون وإنما يدل الزائد فيضمنه الوصي والوكيل المفوض إليه ولا يدل فيضمنه
الوكيل المخصوص لأن المخصوص يحلف ولا تنفع شهادته للزائد إذ لو قبلنا شهادته
لم يحلف نقلت مثله العبدوسي من أول الترجمة الرابعة من كتاب الوكالات من شرح التلقين
للإمام أبي عبد الله المازري رحمه الله تعالى وإنما أبطلوا الوكالة المطلقة
حتى تقيد بالتفويض أو بأمر مخصوص وأمضوا الوصية المطلقة وجعلوا للموصى التصرف
في كل شيء لأن اليتيم لما كان محتاجا إلى من يتصرف له في كل شيء ولم يكن عليه ولي غير
من أطلقوا له الوصية كان ذلك قرينة في تفويض أمره من الموصي بخلاف الموكل فإنه
قادر على التصرف فيما جعل للوكيل ولا بد من أمر يستند إليه في العادة احتيج إلى تقييد
الوكالة بالتفويض أو أمر مخصوص وإنما يستثنى من عموم الوكالة بيع دار السكنى
وبيع عبد الخدمة وزواج البكر وطلاق الزوجة دون غيرهما من النساء لأن العرف قاض
بأن ذلك لا يندرج تحت عموم التفويض وإنما يفعله الوكيل إن وقع النص عليه وإنما
قالوا لا اعتراض على الوكيل في عيبه أو شفعة إن إذا صرح بالوكالة وعليه الثمن وإن صرح
لأن التصريح بالوكالة أو العلم بها لا يكون مقتضيا لعدم المطالبة بالثمن أو المثمون ولا بعهدة
والأصل عدم الاستشفاع والعيب وإنما قالوا في المدونة إذا تلف الثمن في يد الوكيل
قبل أن يصل إلى يد البائع فإن الوكيل يرجع على موكله بالثمن ولو تلف إذا لم يكن دفع الثمن
أولا وإنما أرجع إليه قبل الشراء فضاع فإنه لا يلزم إلا من غرم الثمن ثانيا لأن ابتداء
الشراء في الأول إنما كان يخلص منه والثمن في ذمته حتى يصل إلى يد ربه بخلاف الثانية فإنه
قد كان بعينه فذهب فلا ينتقل حكمه إلى الذمة تنبيه تعقب بعض شراح الجلاب
العبدوسي التعبير والله أعلم وإنما قالوا لا حد على الوكيل إذا اشتراه فإنه يشبه خلافه
وليس لا حد على الوصي إذا اشتراه إلا بإذن من الموصي لأن الوصي يتعذر منه التحكم في الرد فجعلا
الوكيل المفوض إليه أو أمر يذكر أو شبيهه فإنه جائز وكذلك القاضي ومن له في النظر ولاية وأما
على المخصوص وإن لم يجز فيه أن كلا منهما وكيل إلا أن الوكيل المفوض إليه قد أقامه الآمر
مقامه في كل حالة بكل شيء ويجوز للناظر بعده في ماله مما فيه السكنى والتصلاح جاز للوكيل

المفوض اليه فعله لانه اذا انكر او جحد فذلك مما يشتغل الناس اليه وذلك من باب التجارة
واما الوكيل المخصوص فلا يجوز له ذلك اذ الامر اخص وقد وافقه عليه الا فيما وكل فيه بمعنى
انه على ما وكل عليه صار متعديا ولزمه ضمانه اذا اتلف وانما قال ابن الحاجب فى
وكل وكيلا على بيع الرهن وقضاء الدين من ثمنه فليس للراهن اخراجه عن وكالته الا برضى مرتهنه
وقال فى غيره للموكل عزله والجميع وكيل لان الوكالة قد تعلق بها حق الغير اخراجه عن حقيقة
وفى فسخ وكالته ابطال حق المرتهن وكذلك سائر الوكالات فتنبه قال الشيخ
ابو محمد ثلاثة من الوكلاء لا يعزلون الوكيل على دفع الطعام المسلم فى بلد اخر وعلى دفع دين
فى بلد اخر والثانى الوكيل المفوض اليه فى الكلام والثالث المرتهن يشترط على الراهن
ان يتولى الى حلول اجل كذا بيع الرهن قال بعض الشيوخ وكذلك الوكيل على الخصام اذا
قاعد خصمه مجلسين او ثلاثة وكذلك الوكيل بعوض كان اجارة لازمة وانما قال
فذلك اذا امر له ببيع سلعة من السلع كان ذلك اقرارا له بالبيع وبقبض الثمن وان
اذنت المرأة لوليها فى التزويج لم يكن ذلك اذنا فى قبض المهر الا ان توكله وكلاهما فيه
قبلا ونظرا لان عقد البيع يفتقر الى عقد الثمن فكان الاذن بالبيع اذنا بقبض الثمن وعقد
النكاح يتم وينعقد الى ذكر المهر فلم يكن الاذن فيه اذنا فى قبض الثمن وايضا المقصود من
البيع الثمن فكان الاذن فيه اذنا بالمقصود وعقد النكاح المقصود فيه الوصلة والالفة
دون العوض فلم يكن الاذن فيه اذنا بقبض العوض وانما قال قال مالك اذا دفع رجل
الى رجل مالا او امره ان يشترى به سلعة فاشترى غيرها فاراد عملا بذلك امره فالقول قوله
وان امره ببيع سلعة فباعها بدون الثمن واراد ان ذلك امره ونحوه وانكر ذلك فعلا ولم تفت
كان القول قول الامر وفى كتاب محمد غير فقد جرى انكار الامر ان اختلفا فى عين السلعة
المامور يشتراها بقيمتها المأمور مدعى عليه فكان القول قوله وان اختلفا فى ثمن السلعة
ومن لم تفت كان الامر مدعا عليه وكان القول قوله اذ الامر مبنى على هذا وانما
قال قال مالك اذا دفع رجل لرجل مالا او امره بدفعه الى زيد واراد انه دفعه اليه وانكر
ذلك المبعوث اليه لم يقبل قول الامر الا ان يقيم بينة على الدفع واراد من تلف المال
مردود فى كتاب المستنير هو فرع لا خروج المال عن يده لان المأمور هو فرع فى التلف فلذلك
مردود وكذلك الا على لانه يحتاج الى توثيق فعله لم يقم بتصحيح الثلاث فلذا

بتأليفه

ذكر

الاصول مبنية

دبعد

دفعه بغير بينة كان دفعه كما قلنا بعد ذلك وافتى بعضهم بانه ان يغار لانه فرع لاشغال
ذمة غيره وبراءة ذمته فلم يقبل قوله وليس كذلك في التلف لانه غير فرع لاشغال
ذمة غيره والله اعلم وانما قال ابن عبد السلام مراده رجلا يقضي عنه نصف
دينار لغريمه فقضى عنه الدراهم كان الآمر مخيرا ان شاء دفع نصف دينار وان
شاء الدراهم ولو دفع عنه نصف دينار كان الآمر يدفع اليه نصف دينار وفي
كلا الموضعين قد دفع غير ما امر به لان الدنانير والدراهم ينوب بعضهما عن بعض
لانهما قيم المتلفات واروش الجنايات وكان مخيرا في الدراهم لان احدهما يقوم مقام الآخر
وليس كذلك في العروض لانها لا ينوب بعضها عن بعض ويقوم مقامها فاذا دفع عنه
سلعة فكانه باعه اياها بنصف دينار والتزم امره بدفعه بالمنزل الذي يكون فيه او انما
قالوا اذا وكل الوكيل بلا اذن الموكل ثم مات الوكيل الاول لا ينعزل الوكيل الثاني في اتفاقهم
واختلفوا في مقدم القاضي على اليتيم هل ينعزل بموت القاضي الذي قدمه ام لا لان نيابة
القاضي عن الاب انما هي بالقرابة وهو ولا ينيبه القاضي له والغير هي بل لنسبة اليتيم
كذا لمة العلماء على بعض افراده ونيابة الوكيل انما هي بولاية نيته وهو اقرب ولا لمة
العلماء اتفاقا ولا يلزم من نفي اثر الاضعف نفي اثر الاقوى وايضا فمقدم القاضي
نائب عنه في قوله ووكيل الوكيل نائب عن الموكل لا عن الوكيل وفيه نظر لانه منع انعزال
نائب وكيل الوكيل عن الموكل لان الوكيل له عزل وكيله واستقلاله يفعل نفسه ايفاء
ولو لم يكن نائبا عنه لما صح عزله اياه فتعيين الجزء الاول افتقر ابن عرفة وانما
ينعزل الوكيل بموت موكله ولا ينعزل القاضي بموت الامام الذي قدمه لان عزل القاضي
بموت الامام مفسدة عظيمة لعموم نيابته في امور المسلمين في حقهم لا عن نفسه في
حقه وفرق بينهما في فروق الافقية والله سبحانه اعلم وبه التوفيق لا رب سواه
وانما جعلوا للوكيل عزل نفسه اذا كانت بغير اجرة ولا تعلق بها حق لغير الموكل
ولم يكن له عزل ايقافا مع ان الوكيل واهب منافع نفسه والهبة تلزم بالعقد مع قبول
الموهوب له واذا وهب له منافع دابته او داره ليس له الرجوع وان الجميع هبة منافع
نفسه اولى منه لان ذلك اذا قبضه فكان له الرجوع لذلك ولا كذلك منافع الدابة
والدار والعبد وغيرها من الاموال وفيه نظر

على

جزء

فروق كتاب الشركة

وإنما منع مالك الشركة في الطعامين المختلفين في النوع والصفة وأجاز الشركة في الدنانير
والدراهم مع أن فيهما جزء الحكمية حاصلة فيهما كما حصلت في الدنانير لأن الشركة
في الطعامين تؤدي إلى بيعه قبل قبضه وذلك أن كل واحد منهما باع نصف طعامه بنصف
طعام صاحبه ولم يحصل قبض لبقاء يد كل واحد على ما باع فإذا باعا فيكون كل منهما بائعا
للطعام قبل أن يستوفيه قاله عبد الحق عن بعض شيوخه وأيضا لو سومح في الشركة
في الطعامين لأدى ذلك إلى خلط الطعام الجيد بالرديء قاله ابن محرز وفيه نظر لأن
الفرض اتفاقهما وما اعتل به إحالة للمسألة عن موضعها إذ هو دليل آخر في اختلاف
منع الشركة فيهما بالنقل عن مالك وابن القاسم وأيضا الإجماع انعقد على جواز
الشركة في الدنانير والدراهم إجماعا معدولا به عن سنن القياس فلا يقاس عليه غيره
الناس وأيضا الشركة في الطعام تفتقر لكونه في المساواة في القدر والصفة وذلك
متعذر عادة قاله القاضي إسماعيل قال ولا ينفك شيء من الطعام بعضه عن بعض لأن
المطلوب في البيع حصول المساواة في القدر فقط ورده ابن يونس بأنه تفريع على خلاف
أصل مالك وابن القاسم وذلك أنهما لا يقتضي جواز الشركة في الطعامين المختلفين في
النوع إذا حصلت المساواة في القيمة ورده ابن عبد السلام بأن قد زاد اكال التساوي
في القيمة مع اتحاد النوع متعذر مع اختلاف النوع وقال بعضهم في قول القاضي نظر
لأنه لولا حصول المساواة لم تكن لتكون ذوات الأمثال وأيضا الطعام مما تختلف
فيه الأغراض فكان قصد كل منهما بيعه باستيفائه وعدمه في الغير لعدم القبض فيه فيصير
فيما ذكر الطعام مختلفا قاله بعضهم وفيه نظر لأنه يرجع إلى قول القاضي وأيضا
علل الطعام كثيرة بخلاف الدنانير والدراهم وفيه أيضا نظر لأنه يرجع لما نقله عبد
الحق عن بعض شيوخه وإنما جازت الشركة بالعرض من جانب والنقد من جانب على
المشهور ولم تجز بالدنانير مع الدراهم على المشهور لأن النقد والعرض ليس فيهما إلا مانع واحد
وهو البيع والشركة وهو مغتفر في أصل الشركة بخلاف الدنانير مع الدراهم فإنه يجتمع فيهما
علتان البيع والشركة والصرف من غير مناجزة فافترقا فتنبيه يقال إذا كان البيع
والشركة مغتفرا فما بالهم لا يجوزون البيع والشركة لأنا نقول البيع المعتبر قد ع

الشركة

الشركة مثلا فما كان ذا شك فيهما والممنوع ما كان غالبا فيهما قاله ابن رشد وانما منع في
المدونة بيع دينار ودرهم بدينار ودرهم وبيع مد قمح ومد فول بمثلهما واجاز في الشركة
ان يخرج هذا ذهبا وورقا والآخر مثله فتلك ذهبا مع ان المقصود من الجانبين اقوى ان
يكون مثلا ثلثه من كل وجه فيلزم جواز البيع او منعها ومنعها في الشركة اذ لا يجوز اختلاف
رؤوس المال والتساوي في الربح على سبيل الشركة الا كونها لا التساوي في تفاضل العوضين
فتعذر ولو تساويا لما فعله عاقل ولا بد من شيء زائد في احد الجانبين يختص به الآخر وهو
عين ربا الفضل فامتنع لذلك بيع دينار ودرهم بدينار ودرهم لان ذلك الزائد يختص به كل
واحد على سبيل المبايعة الحقيقية فيتشوف به عن محل [illegible] ولما فقد هذا المعنى في الشركة
فعدا لها بما لعدم اشتراط فيها ولعدم المبايعة الصريحة قاله بعض من تكلم على
المدونة تنبيه لاجل انتفاء المبايعة الصريحة في الشركة جوزوا في الشركة الخروج
لكل واحد من الشريكين فيما اخراج الذهبية واخراج احدهما الطعام والآخر مثله والنقد
وانما لم يختلفوا في عدم قبول اقرار احد الشريكين بدين لمن يتهم عليه كابويه وولده او
او صديقه او من بعد الافتراق واختلفوا في اقراره من يتهم عليه ولمن لا يتهم عليه لان المفلس يتهم
الذي في ذمته بعد الافتراق ولا كذلك الشريك قاله التونسي تنبيه ضعف الشيخ
ابو الحسن اللخمي رحمه الله هذا الفرق وقال لا وجه له لان المفلس في التهمة لانه ينزع ماله
ويبقى مفلسا لا شيء له فيحكم ماله لمثل ما ولاه ليعيره اليه فيعيش به وانما قال
اللخمي لا يقبل اقرار احد الشريكين بدين بعد الافتراق ولا يقبل بعد [illegible] لما حبسه
لان الاقرار لا يكون الا عن [illegible] وقبله [illegible] الدعاوي ولا كذلك الموت لان ادامتهما
قبل التفاصل والابراء وانما قال ابن المواز في عامل القراض يدعي بعد المفاصلة
انه انفق من عنده في مال القراض ونسي ذكره عند المحاسبة يحلف ويكون له ذلك والشريك
بعد المفاصلة اذا ادعى ذلك لا يكون له ذلك لان عامل القراض لا يعمل الا بجزء ومتى في اقرار
الشريك لا يتهم اذ لا يحلف احد بيسيره غيره ولا يتهم من الغرم له ايضا لانه انما يتهم هذا الشريك
شهادة والمرض ان اقرار هذا خلف قاله ابن عمران رحمه الله تنبيه هذا الفرق
يتضح بكلام تخريج اللخمي في اقرار الشريك على قبوله من العامل على صحته فلا يحتاج
اليه لوجود نص مالك ابن يونس لا بن سحنون عن ابيه اقرار احد الشريكين بعد التفرق

يلزمهما في اقوالهما وانما قال في المدونة تمنع الشركة في الدنانير مع الدراهم
بلا رفع وعملا بالكل واحد برأس ماله ويقتسما الربح لكل عشرة دنانير دينار ولكل
عشرة دراهم درهم كذلك الوضيعة وان بيع كل واحد السلعة التي اشتريت بماله
بعين السلعة وقسم كل ثمنها عما ذكرنا وقال اذا وقعت الشركة في العروض فاسدة
فرأس مال كل واحد منهما ما بيع به عرضه وبه يكون شريكا ان عملا بعد ذلك وكذا ينبغي
ان اشتركا بالدنانير والدراهم عرضا او يكون لصاحب ذلك الاجل كما كان في العروض في
شركة العروض الفاسدة لصاحب ذلك العرض اه اصلا فيذهب عن الاجل بالغبن
واختصام في بيعها بعوضهما اذا احدهما غبن بخلاف العرض في ذلك قال في المدونة ومن
اودع عنده دنانير فابتاع بها سلعة فليس لك اخذها انما لك اخذ دنانيرك ولو اودعه
عرضا فباعه بعرض او طعام فلك اخذ ما ابتاع به والمثل فيما له مثل او القيمة فيما
لا مثل له فاذا وقفت على هذا علمت انه لا يلزم من اشتراط ربح العرض بثمنه اختصاص
رب العين بعوضها خلافا للتونسي وابن يونس والله اعلم وانما قالوا
في الجدار يكون بين الرجلين فينهدم فيريد احدهما بناءه ويأبى الاخر انه لا يجبر في الرواية
المشهورة واذا كانت البئر بينهما فتغورت كان اصلاحها عليهما ومن ابى منهما جبر
لان البئر ينقطع النفع بانقطاعها وفي ترك اصلاحها اضاعة للمال ولا كذلك الجدار
فانه قد يستغنى عنه بان يستتر كل منهما على نفسه بحائط او غيره وانما قال ابن
القاسم فيمن زرع زرعا فغارت بئره وانقطع شربه وخيف على زرعه وبجاره فضل
عن شربه فعليه ان يبذل صاحب الزرع الفضل عليه من فضل مائه حتى يصلح بئره فان
امتنع من ذلك جبر عليه من غير ثمن وقال اذا الحمت القضاء في قصبة فانه يحكم له
قيمة القضاء لا البناء مثلك فيه مسلك المسامحة اذ هذا الموجود فيه كثيرا عادة
ولانه ورد فيه ولا يمنع نفع بئر ولا يوجد ذلك في القضاء تنبيه عكس اشهب
هذا الحكم فقال يقرع في سقي الجدار ولا يقرع في الجمعة والعول به جار ومعرفة النفوس
احكم ومعرفة الاقوال لانه لما خاف الحق يجب اخباره بالهوى وكثير خوفه
على النفس يحمونه على التوزيع وغيرها من اربع اقوال

فروق كتاب الجعل والاجارة

وانما لا يجوز ان يستأجر الرجل نساجا على ان ينسج له غزلا بنصف الثوب ولا بقيمته ويجوز
ان يستأجره على عمل نصف الغزل بالنصف الآخر لان الثوب الذي يخرج مجهول الصفة ولا كذلك
الغزل فانه معلوم لا جهل فيه ولا غرر وايضا النصف الذي استأجره به لا يسلم اليه
الا بعد مدة وهو مجهول الصفة وكذلك القيمة مجهولة لا يدرى كم يكون مقدارها وانما
قالوا اذا قال رب الدابة للأجير اعمل على دابتي بنصف ما تكسبه عليها ان العقد فاسد
لجهل مقدار الكسب فان وقع كان الكسب كله لرب الدابة وللعامل اجرة المثل وجميع الكسب
للعامل مع ان العقد في الجميع فاسد لان الاجارة في الدابة وقعت على الدابة والاجير كان
متسببا للكسب وفي الاول وقعت على الرجل واجتناء الكسب من قبل الدابة فمن وقع عليه
العقد اجارة لم يكن له من الكسب شيء ولا تدخل في حكم البيع والمقصود غيره قال ابن بشير
وغيره وانما منعوا الصانع المشترك ولم يمنعوا الراعي المشترك مع ان كلا منهما اجير
لا يجري الراعي مجرى الصانع لان من قبل العلماء انه لا ضمان عليه اذا لم يثبت تعديه وايضا
الراعي لم يؤثر في اعيان الغنم فكان بمنزلة الاجير ولم يشبه سائر الاجراء من الصناع من قبل
ان فيها لحواشيهم فقليل في الناس وليس يعلم بهم كما ستعلم اصحاب الصنائع وما صنعتها
اليهم ولم تكن الضرورة في الصناع وايضا الانسان يقدر على الرعي بنفسه من غير ان يسترعي
احدا ولا يقدر على الصنائع التي يباشر عامة الناس الا بتعليم وتعاطي ولم تكن فيه الضرورة ما
كان للضرورة في الصانع تنبيه من كتب العلماء من ينظر لك الرد على الشيخين الفاضلين
العالمين العاملين ابي عمر عبد الله العبدوسي وابي عبد الله محمد بن قاسم القوري رحمهما
الله في فتواهما بتضمين الراعي المشترك تقليدا لقول ابن حبيب وقد تشبعت الكلام في الرد
عليهما وعلى من احتج بفتواهما في كتابي المسمى بإفادة المخلص والمرجع بالرد على من
افتى من فقهاء فاس بتضمين الراعي المشترك وذكرتهما بامور اولها ان الشيخين رحمهما الله من
اهل التقليد المحض في المذهب انما لكن في تقليد المحض نصوص المذهب والناس فيكلفا من له
شائبة انه لا يتعدى مشهور مذهب امامه فتيا وفتوى وفتواهما بخلاف المدونة
قال في كتاب الجعل والاجارة منها ولا ضمان على الرعاة فيما تعدوا فيه او فرطوا في جميع
ما رعوه من الغنم والدواب لاناس شتى او لرجل واحد ولا يضمنوا ما سرق الا ان تشهد بينة
انه ضيع او فرط قال ابو الزناد والا لم يلزمه الا اليمين ومذهب المدونة هو المشهور

بالصلاة عند المغاربة وقد قال ابن عرفة لا يعتبر من احكام قضاة العصر الا ما لا يخالف
المشهور او مذهب المدونة وقال غيره من شيوخنا المتاخرين لا ينبغي للمفتي ان يفتي فيما
علم المشهور فيه الا بالمشهور وكذلك حكام زماننا وقد قال ابن زروق وهو في العلم ممن له
ما اثبتناه فمن يفتي بغير المشهور ولا افتي به فلا اذكار الا زروق وهو في كلام ابن جماعة لا
يخرج عن الفتوى بالمشهور ولا يرضى حمل الناس على خلافه فكيف بمن يحملهم على الاقوال التي
ان حمل الناس على الشاذ هذا مما لا ينبغي وقد قال الامام ابن زروق في قواعده واتبع
على الديانة وكثير ممن يدعي العلم ويتجاسر على الفتوى من غير تحصيل له ولو في باب في مذاهبه
مشهور المذهب لا يسع العذر ويعتقد خلاف المذهب وهذا من الجسارة التي لا خفاء بها وهذا
في زمانه فما بالك في زماننا فلا تكرر ولا اقل كيف لم يستنكر هذا لخير الامام المتقي على اهل
وجلالته الفتوى بغير مشهور المذهب ولا ما علم فيه جناء على ما عرف مطلبه هو وريثه له
من الورع والديانة من كثير ممن ينتسب للعلم والفتوى فلعمري لقد هتك هذا الباب
لا خلت عرى المذهب بل جميع المذاهب لا من قال وجب للشيء وجب حمله ولكن ان يتلك الفروق
التي لا عيب ليست بضرورة وقال ابن عبد السلام بعد ان قرر من الشيوخ كانوا اذا
نقلت مسالة من غير المدونة وهي في المدونة موافقة لما في غيرها عزوها لها فكيف اذا
كان الحكم في المدونة خلاف ما في غيرها وفي اخبار اسد ومن ارباب القاضي انه يقضي عليهم
بالمدونة فانها كلام رجل صالح وروايته وكان يقال ان المدونة من العلم بمنزلة ام القرآن
تجزئ في الصلاة عن غيرها ولا يجزئ غيرها عنها افرغ الرجال فيها عقولهم وشرحوها
وبينوها فما اعتكف احد على المدونة ودراستها الا عرف ذلك في ورعه وزهده وما عداها
احد الى غيرها الا عرف ذلك ولو مات من عبد الرحمن من اماعه وفي ... ابدا وقال العربي رحمه
الله فتح الباب بالفتوى والقليل بغير مذهب مالك لا يسوغ وهذا الذي يعلمه سحنون
والحارث لما ولي القضاء بدفع جميع حلق المخالفين ومنعوا الفتوى بغير مذهب مالك ويجب
على الحاكم المنع منه وتاديب المفتي به بحسب حاله بعد تقديم عذره اليه وفي ابن عبد السلام
بيان المشهور وتمييزه عن الشاذ من اعظم الفوائد لانها اختلفت فيها فكيف هم افلا يعدلون
فيها على المشهور اذا وجد وكان فيها انما اعتمدوا في فتواهما على اختيار ابن حبيب وقد
قال الشيخ ابو محمد في اول نوادره من تبين له فضل اختيار القول فله في اختيار المغيرة

من نقاد مذهبهم ومتبعه مثل سحنون وأصبغ وعيسى ابن دينار ومن بعدهم مثل ابن المواز وابن
عبدوس وابن سحنون وابن المواز أكثرهم تكلفا للاختيارات وابن حبيب لا يبلغ في اختياره
وعزوه رواياته مبلغ من ذكرنا هـ وقال الحافظ أبو محمد بن حزم في كتابه الإغراب لعلم
بروحه وتحرير الملك في النقل في المجموع أنه من كبار علمائهم مشهور بالكذب بن يحيى
ابن عياض بن جعفر وعنه ابن الملك. ابن حبيب الأندلسي ليس بثقة فأنت ترى كيف رماه الحافظ
أبو محمد بن حزم بالكذب ولهذا أن ابن حبيب لم يعتد باختياره في قول شعيب بن
المسيب والحسن ومكحول والأوزاعي بل غفلة أخرى الفقهاء من قوله لأنه جعل كل الصانع
الذي من علمه من أجل أن يعلم على تضمينه إذا كان أجيرا مشتركا ومن هذا يقول في حمة
قياس ابن حبيب للراعي المشترك على الصانع المشترك نظر من وجوه لأن الفرق المنكسر
وانتقض وبالعزم مفهوم الحكم بالإذن ولم ينعكس الأول إلا الفرع إنما يحمل على الأصل
إذا وافقه في المعنى الموجب للحكم وإن خالفه فيه فلا. والضرورة الداعية إلى تضمين الصناع
لا تساويها الضرورة الداعية إلى الرعاة فلو كانت تساويها لأن الضرورة الداعية
إلى الصناع أشد منها إلى الرعاة فالعلة في الفرع الذي هو الرعاة دون ما هي في
الأصل الذي هو الصناع ومن شروط القياس المشابهة والمعنية فبطل جعل
الإلحاق لأن من شروط القياس مساواة الفرع للأصل في علة حكمه وإذا بطل الشرط لم
يثبت عليه مشروطه. الثاني أن الصناع إنما ضمنوا لتأثير عملهم في عين المصنوع
أنه كالخياط والصباغ والقصار والنجار والخراز ونحوهم لأن السلعة
إذا تغيرت بالصنعة لا يعرفها ربها إذا وجدها قد بيعت في أسواق المسلمين بخلاف ما
تضمنوا والراعي لا يؤثر في عين عمله وعمله في أعيان المواشي وذوات الرواب ... فلا
الثالث أن الصانع نصب نفسه في حانوته للعيبة على المصنوع كما تنصب ...
المستأجر فيما يغاب عليه بخلاف الراعي فإنه كالمستأجر فيما لا يغاب
عليه من الحيوان والرباع والعقار والرقيق. ... سلمنا كون كل الصانع نفرا وحده فإنا
لا نسلم كونه كالمنتصب للناس عموما بل كالمنتصب لجماعة خاصة والمنتصب لجماعة خاصة
من أهل الخصومة وكابن بشير وغيره يرى على أنه لا ضمان عليه كغير المنتصب. الخامس أنه قياس
فرع على أصل مختلف فيه ... على تضمين حكم الأصل وهو لغو إلا يختلف في الراعي وكل ...

نص المتيطي على الغرر لا يجوز لعدم الاعتبار لكنها قضية بتغليبه وهذا لعله لانه يقيسه
هذا مخط العلوم وامام في منزلة العرض لعجزه عن العوض بينهما وهي منزلة الامل فيكون
فيه الكلام والفساد من اول قول مالك فالتعبير في الرهن والمهتلاء استحسانا وقياس على
العارية لانه انما قبض لمنفعة نفسه وقد جاء انه ما مودان وعليه فلا يلزم ايضا لانه
حبيب العينا من لانه فيه امر مرجع مقيس على الامل والمجهول فلا سوى الحنابلة والغزالي
والبيهقي والباجي وابن رشد بالحدود ذلك واخذ قبله ما لك من فيه سد تراجع الفوار
اللوحة فيها على قول العراقيين وعول القرافي على محمد المدونة الشايع او المبنا
موقنون في الدليل والبراءة الاصلية فتضمينهم في هذا تستثني من ذلك الدليل والحكم
في الامل اذا كان على خلاف الامل لا يقاس عليه والشافعي ان القول المخرج لا يلزم
القاضي ولا ينتهي الى العقيدة ولا يختار المجتهد قاله ابن عبد السلام نزلة نرصا والربى
ابن جزي ولا يجوز الحكم به ولا الفتوى وقد يعتذر عما ارده والله اعلم وانما
تنفسخ الاجارة بموت صبي الرضاع والتعليم وموت حيوان الرياضة والانزاء وقد
ينفسخ بموت الغنم والراكب مع ان الجميع مما تستوفى به المنفعة لا في الغنم الا ولبن
انما هو في غاية الولد ولعدم فاذا اجازه لم يلزمه ان ياتي بغيرهما كما لهذا لك اذا
ابدلها بغيرها فيما في البيع وانما قال فان اذا وجد الحسا فاسدا فلا يرد بذلك
واذا وجد اجير العمل سارقا فلا يرد لا ان الحسا فلا الشفيع والعلاج في ذمته لا في عينه
الا ترى ان ذلك يلزم ماله اذ امات بخلاف اجير الخدمة فكان من باع السلعة بثمن
الى اجل نجد المشتري عديما انه عاجز فلا حجة له واما اجير الخدمة فلانها
اشتريت منافعه بعينه فذلك كسلعة اشتراها فوجد بها عيبا فان له ردها
قاله بعض شيوخ عبد الحق وانما قال في الجلاب من استوجر على حمل متاع
فسقط منه فانكسر ضمنه وعدم قيمته لان الذي استوجر على حمله قادر ولم يبين
فلا ضمان عليه لثبوت الاذن وعدم التفريط واذا سقط من يده فانكسر المتاع
فلانه يضمن فانكسر لانه عين قادر وله فيما كسر والله اعلم وانما قال في الجلاب
من اكترى الى الحج فاخلفه الكري حتى فات وقت الموسم انفسخ كراؤه وان اكترى
الى غير الحج فاخلفه الكري وقت فاخلفه الكري فله حمولته ولا ينفسخ كراؤه

لأن الكري في الحج قد تعذر بالتلف وتعذر وصول المكتري إلى غرضه في الكراء فوجب فسخ
العقد إن أراد ذلك المكتري كما أوجبنا ذلك في العيوب بخلاف غير الحج فإن المكتري يحمل إلى
غرضه وقت أراد من السنة لأنه يقدر على الخروج والسير كذلك كمن يبور ولا أوقاته لأنها في
السنة مرة وسائر الكري لا شعار أو وقت أراد إلا نسار خرج ومتى فمدة وحد
فيفسخ فيه بعقد المتاجر من هو كراه في غير الحج بما إذا كان الكري يسافر وأما
إن كان في غير ساحل فإنه بمنزلة الحج وإنما جاز اجتماع البيع والإجارة ولا يجوز اجتماع
البيع والجعل لأن عقد الإجارة بيع منافع الشيء وذلك في المعلوم دون المجهول
فجاز الجمع بينهما لاستوائهما في المعنى ولا كذلك البيع والجعل لأن الجعل ليس بعقد لازم
لأنه لا يقع على عمل معلوم فلم يجز أن يقارن عقود المعاملات كما لا يجوز أن يقارن عقد القرض
البيع وعقد المساقاة البيع وإنما قلنا في الجلاب من استعار عبدا في شيء من الخدمة فعطب
أو تبرأ فعطب ضمن قيمته ولذلك الخيار في القيمة والأجرة وكذلك إذا استعار صبيا صغيرا
وكبيرا مجنونا أو أبله لا يرد وقاية ولا ما يرد في شيء من الخدمة ضمن ديته وكذا كان على
العاقلة وإذا استعار العبد أو الصبي فيما لا يقضي أنه خطر مثل قتله وله النعل والبروحة
والغرفة والسعي في حرابه أو فرحا أو ما أشبه ذلك فلا يضمن ما كان عنده لأن العادة
جرت بأن مثل هذا يكون عنده تلف والناس يتسامحون فيما بينهم به فلا ضمان فيه إن كان
عنده تلف ولا أجرة فيه مع السلامة وأما إن كان الشيء المستعار فيه خطر له حكم وبال
وتكلف الأجرة في مثله فهو متعد ولو في الصغير وتبرأ فكما لبثه بالأجرة أو سلمه لأنه استوفى
منافع لها قيمة بغير إذن من له الإذن فيها فكان ضامنا للبدل أو كان غير ذلك دية العبد
وقيمة العبد وإنما كان كل عقد لا يفتقر بزمان لا يلزم إلا بالشروع كالجعل والقراض
والمغارسة والشركة والمزارعة بخلاف النكاح فإنه يلزم بالعقد مع أنه لا يفتقر بزمان
لأن المقصود بالجعل والقراض خلاف المقصود بالنكاح فإن القراض والجعل مقصدهما المكايسة
والمغابنة وطلب الأعواض المحققة والنكاح مقصوده المسامحة والمواصلة وقراءة
وقراءة الله تعالى يا رجل بعكس القراض إنما هو على معنى النحلة لا معنى العوض بقوله
تعالى وآتوا النساء صدقاتهن نحلة أي عطية وإنما يعار غير ذلك النفقة فإذا شرع
العامل فليس الرجوع لئلا يذهب عمله باطلا وإنما قلنا إن الجلاب لا يلزم جعالته

نص الجنس على الغرر لا يجوز لجهل الاغتباط لتبينا فقط بتغليبه وهذا لعله لانه يقيا سه

منزلة منظع للعلول واداوته في منزلة العرض للعجز عن العوض بينهما وفي منزلة الامل فيكون

بالكلاوة والشفاء من ارفون قال ك بل التعبير في الرمز والهلاك اشتبها و قياس على

العارية لانه انما قبض لمنفعة نفسه وقد جاء انما هو دان وعليه فلا يتم ايضا لابي

حبيب العيامر لانه فيما مر من مغيب على الهلاك والمفقود فلا سوى الجنابة والغزالي

والبلقيني والبلاجي وابن رشد بلا بون ذلك واخذ منه لما لك من قبله سد ترامي فقال

ابو محمد على عول الجراية وعول القرافي على ما اورد ابن يونس الشامل او الصناع

مؤتمنون في الربايط والبراءة الاصلية فتضمينهم في حيز الاستثناء من ذلك الرابط والحكم

في الاصل اذا كان على خلاف الاصل لا يقاس عليه والشاهد ان القول المخرج لا يقلد

الغامر ولا ينبني على الفقيه ولا يفتى الجنس قاله ابن عبد السلام ازاله برمتها والربى

ابن مرزوق ولا يجوز الحكم به ولا الفتوى وقد يعتذر عما اورد والله فعلى وانما

تنفسخ الاجارة بموت صبي الرضاع والتعليم وموت حيوان الرياضة والانزاء وقد

ينفسخ بموت الغنم والراكب مع ان الجميع مما تستوفى به المنفعة لان العقد في الاولين

انما هو في ماهية الولد والحيوان فاذا مات لم يلزم ان ياتي بغيره لما له ذلك اذا

ابرانا ذلك ينفسخ مثلا في البيع وانما قال فان اذا وجد الحصا فاسدا فلا يرد بذلك

واذا وجد اجير الحمل فاسدا فلا يرد ولا يرد الشا فلا التسوق والعلاج في ذمته لا في عينه

الا ترى ان ذلك يلزم ماله اذا مات بخلاف اجير الخدمة فكان يبيع السلعة بثمن

الى اجل بعد المشتري عن بيان انه علوق فقد دخل على حجة لدى واقام اجير الخدمة فلما

اشتريت منه وجعله بعينه فذلك كسلعة اشتراها فوجد بها عيبا ان له ردها

قاله بعض شيوخ عبد الحق وانما قال في الجلاب من استوجر على حمل متاع

فسقط منه فانكسر ضمنه وغرم قيمته لان الذي استوجر على حمله قادر ولم يجد

فلا ضمان عليه لثبوت الاذن وعدم التفريط واذا سقط من يده فانكسر المتاع

فانه يضمن ما انكسر لانه غير قاد ولم يجد فيما كسر والله اعلم وانما قال في الجلاب

من اكترى الى الحج فاخلفه الكري حتى فات وقت الموسم انفسخ كراؤه وان اكترى

الى غير الحج فاشترط التيسير وفات فاخلفه الكري فله حمولته ولا ينفسخ كراؤه

ا ع ب

نصه بنفي

لأن الكري في الحج قد تعذر بالتلف وتعذر وصول المكتري الى غرضه في الكراء فوجب فسخ
العقد ان اراد ذلك المكتري كما وجب ذلك في العبد بخلاف غير الحج فان المكتري يحمل الى
غرضه وقت اراده من السنة لانه يقدر على الخروج والسير كذلك كمن يكري او ما له لانها في
السنة مرة وسائر الكراء لا يشغله او وقت اراد الانسان خرج ومتى شاء قصده وعرج
تنفيذه فيه بعقد المستأجر فلذا كره في غير الحج فلذا اذا كان الكري مشاهدا واما
اذا كان غير مشاهد فانه بمنزلة الحج وانما جاز اجتماع البيع والاجارة ولا يجوز اجتماع
البيع والجعل لان عقد الاجارة بيع منافع الشيء وذلك في المعلوم دون المجهول
فجاز الجمع بينهما لاستوائهما في المعنى ولا كذلك البيع والجعل لان الجعل ليس بعقد لازم
لانه لا يقع على عمل معلوم فلم يجز ان يقارن عقود المعاملات كما لا يجوز ان يقارن عقد الصرف
البيع وعقد المساقاة البيع وانما قال في الجلاب من استعار عبدا في شيء من الخدم فتعدى
ان تجاوز فيه فعطب ضمن قيمته ولربه الخيار في القيمة والاجرة وكذلك اذا استعار صبيا صغيرا
وكبيرا مجنونا او ابله لا يفرق وقابليه ولا ما يرد في شيء من الخدم ضمن ديته وكانت على
العاقلة واذا استعار العبد او الصبي فيما لا يعطب انه خطر فتلف فيه وله التعلل والمروحة
والخرقة والنيب في جرابه او فرخا او ما اشبه ذلك فلا يضمن ما كان عنده لان العادة
جرت بان مثل هذا لا يكون عنه تلف والناس يتسامحون فيما ينتفع به فلا اثمار فيه ان كان
عنه تلف ولا اجرة فيه مع السلامة واما ان كان الشيء المستعار فيه خطر وضمن وبطل
وتطلب الاجرة في مثله فهو متعد فلو تلف الصغير وشبهه فعليه الدية بالاجرة او سلم لانه استوفى
منافع لها قيمة بغير اذن من له الاذن فيها فكان ضامنا للبدل وان كان غير ذلك دية الحر
وقيمة العبد وانما كان كل عقد لا يتقدر بزمان لا يلزم الا بالشروع كالجعل والقراض
والمغارسة والشركة والمزارعة بخلاف النكاح فانه يلزم بالعقد مع انه لا يتقدر بزمان
لان المقصود بالجعل والقراض خلاف المقصود بالنكاح فان القراض والجعل المقصود بهما المكايسة
والمغابنة وطلب الاموال المجهولة والنكاح المقصود به المسامحة والمجاملة وفراغ
وفراغ النية تعلق بارفع بعضكم في القراو فهو على معنى النحلة لا معنى العوض قال
تعالى وآتوا النساء صدقاتهن نحلة اي عطية وانما يقال عن ذلك النفقة فاذا اشرع
العامل فليس الرجوع ليلا يذهب عمله باطلا وانما قال ابن الجلاب لا يأمر بجهاد

ع

القبر

الزرع وجداد الثمرة على نصفه او ثلثه او غير ذلك من اجزائه ولا يجوز حصاد يوم ولا جداد
على نصف ما يحصد فيه او يحصده لان حصاد الزرع كله بجزء منه معلوم وكذلك اذا قال
احصد فما حصدت فلك نصفه فجائز ايضا لانه معلوم لان كل جزء من الزرع يستحق
بإزائه جزء منه فان قيد ذلك بزمان بعينه مثل ان يقول احصد هذا اليوم فما حصدت
فلك نصفه فلا يجوز لان قدر ما يحصد في اليوم غير معلوم وقيل ان ذلك جائز لان الاجل
في الجملة معروف تنبيه هذا جمع المسألة ان كل ما يجوز بيعه على التعيين فالاجارة
به واجعل جائز وكل ما لا يجوز بيعه على تعيين الشيء بعقد الاجارة به غير جائز وكذلك
الحكم في ان يقول ان كان بنصف او ثلثه او غير ذلك من اجزائه جاز لجواز بيع ذلك
وان كان بنصف ما يسقط منه اليوم فلا اذ لا يجوز بيع ذلك وانما قال في الجلاب
يجوز استئجار شيء بعينه بنقد او بنسيئة ولا يجوز استئجار شيء مضمون الا اذا كان نقدا
مع عقده لان الحيوان يتعلق بالذمة وانما يتعلق الحكم بعينه لانه لو تلف الحيوان لم يجبر على
ربه البدل فلما كان لا يتعلق بالذمة فلا فرق بين ان يكون نقدا او نسيئة بخلاف اذا كان
مضمونا فانه لا بد من النقد مع العقد لان النقد اذا لم يتقدم فيخشى ان يكون ذلك دينا بدين
وذلك كالسلم ان تأخر راس مال السلم لم يجز لحصول الدين بالدين وان نقد الثمن جاز لان
يتأخر الثمن لان احد العوضين قد تعجل وكذلك في [illegible] جارة المضمونة اذا شرع في ركوبها
لان الشروع في الركوب ونحوه يقوم مقام القبض كما يقوم له في المغارس فلا يكون
مجمع الدين بالدين وان كان المعقود عليه لم يقبضوا كله لانه في حكم الموجود [illegible] وأما
جواز حمل الكترو داية ليحمل عليها شيئا او يحمل عليها غيره مما هو مثله واختلفوا اذا
اكتراها ليركب عليها فلا راد ان يكريها من غيره ممن هو مثله في خفته وحذقه بالسير
لان الجماعة تتعذر عليها اي لا يركب رجل يكون مثل الاخر في الخفة والهيئة ونحوه
يشبهه في الغلو فلا اري به [illegible] بالشيء كذا فلا يكون له ذلك وانما
قال في المدونة فمن اكترى دابة الى مكان ليبلغه ان يبيعها الى غيره وان سار الى من في
السهولة والصعوبة واذا اكترى الارض لشيء بعينه جاز ان يزرع فيها مثله او دونه
وكذلك اذا اكترى سفينة لشيء بعينه او اكترى الحمولة لشيء بعينه او الراحلة
للركوب من مثله بعد الموت من غير كراهة او في الحياة من مثله مع الكراهية وكراء

كحمول الفحم بكثير مما هو اخف منه لان المسافة بين نفع النقد وفي القراض بينهما وليس بين
النقدين تفاوت في الاغراض الا قليلا وكذا الاثقال والحمولة وقد ذكرهما وانما قال
قالت اذا اخطأ الدليل كان له اجرة واذا عطبت السفينة لم يستحق الاجرة والمقصود
منهما البلوغ لان اجرة الدليل انما هي على الاجتهاد والاجتهاد منه موجود في حال الخطأ
وموجود في حال الاصابة لانه ليس له عليه اكثر من الاجتهاد الا ترى ان الغائب عن
القبلة اذا كان فرضه الاجتهاد اجزأته الصلاة وان اخطأ القبلة لانه فعل ما لزمه
والاجرة في السفينة انما هي على وصول متاعه دون اجتهاد واذا تعذرت السفينة بكل
استحقاق الاجرة جانبه فلذا وانما قال فالكراء من اكترى دابة على حمل فتلف الى بلد جاءت الرويه
فحسب ما مضى من المسافة ولو اكترى لذلك مركبا فعطب فلا شيء لصاحبه وكل منهما اجير
لان كراء السفن على البلاغ اذ اليم لا يعرف فيه قدر المسافة ولا كذلك الدابة لان مسافتها
معلومة غير مجهولة وانما قال قالت اذا انهدمت بئر الارض المكتراة لزرع ربها او ينفق
عليها بقدر اجرة سنة واحدة وقال في المساقاة اذا انهارت البئر لم يلزم اصلاحها لرب
الحائط وينفق العامل من عملته ويكون له الثمر رهنا في المساقاة وكلاهما عقد لازم
لان الارض اذا كانت مكتراة بقدر اجرتها قريبة من المنفعة وعليه ايضا المنفعة اي المكتري
وفي المساقاة لم يتعرض رب الارض لمنفعته فلم يلزمه اصلاح البئر فافترقا وانما
قال في المدونة لا يجوز كراء الارض لا يكفيهما ماء بئرها ولم يتعرض لنحو كراء اذ لا يزرعه
ابتداء الزرع ولا واجاز كراء ارض المطر مع ان العلة الجامعة بينهما حاصلة ايضا فما في
البئر لا غرر المكترى يقدر على دفعه وغرر المطر يقدر على دفعه باصلاحها او بكراء ما
ما يكفيه فلذا قال ابن يونس وايضا فان البئر انما دخل على الغرر الذي ان لم
يكف زرعه لم يرجع بشيء وفي ذات المطر لو لم يات بما يكفي زرعه سقط عنه الكراء
قاله الباجي وانما جاز كراء الارض على ان يزبلها المكتري شيئا معروفا اذا كانت
الارض مامونة ولم يجز ان يبيع صبغ على ان يصبغ المبتاع للبائع فيه ثوبا او ثوبين بجعل
المبتاع قدر ما يصبغ له بقدر ما يصبغ الثوب من الصبغ مع ان الزبل كذلك لا يدري ما يفني بعد
قلع زرعه من الارض لان الغرر في مسألة الصبغ من كل المشتري وفي مسألة الزبل هو
في بعض عوض الارض وايضا فان مسألة الصبغ كراء الارض بشرط زبلها فالده ابن عرفة

وانما قال مالك رحمه الله فيمن غصب سكنى دار فدرت فيها يلزمه كراؤها وان
غصب رقبتها لم يلزمه كراؤها والجميع غصب لان الذي غصب السكنى كانه لم يرد ان يتملك
الرقبة وانما يلزمه ما استوفاه لما عليه اذ اجرت عليه الاحكام ووجد من يشهد ولا تلزمه في الرقبة
لانه اذا وقع يده عليها على جهة الملك لا على معنى القهر والغلبة فيتعين فلو وقع يده
عليها ضمنها ويلزمه ما انهدم منها فلما كان الضمان عليه كان كل خراج له الحديث
الخراج بالضمان وانما ضمن مالك حامل الطعام اذا لم تقم له بينة على التلف من
غير تسببه ولم يضمن حامل غيره حتى تقوم عليه البينة بالتعدي والله اعلم لان العادة
جارية ان الاكرياء يسرعون الى الطعام الذي في ايديهم لرغبة النفوس فيه وانما يعلمون ان في
امثال الاقدار والمروءات تانفون من فعلها لبيتهم مثل الحمالين للاسباب العرب مع كرههما وعزة
نفوسهما جعلت ان تكون النفس تغير ولولم يضمنوا لتسارعوا في اخذه اذ لا يكون عليهم فيه وكانه
يمنع الناس من الحمل وتدخل عليهم المضرة وتدخل على الحمالين مضرة في ترك الحمل ولذا روي عن
على انه كان يضمن الصناع عند فقد الاجر اهل الصنائع وقال لا يصلح الناس الا هذا يضمنون
والقلة اعلم فاذا كرينا لهم من الطعام فاما غير الطعام فلا ضمان عليهم فيه لعدم الحق في
الضرورة الداعية الى اقامة الادلة به وكذلك ذلك الاصول على ما كان وعليها الرهون ليس
عليهم في غير التعدي فلو في الجنس الواحد واجازه ذلك في غير الاقوات وان كان جنسا به
خلاف وذا قيمتها تنبيه قال بعض المحققين من المشايخ فيتشكل تضمين الحمالين
الطعام ولا الذي يقبض ما انتقل الى الطعام ولا ينتقل الحمل وانما غلو من ذلك الطعام وان كان
ذلك به الحمالين بالك بالعرب وهو من اغصب ان قال البدار هنا وانتفعها بلا اذن وانما
ضمن مالك الصناع المشتركين فيما لا تقوم لهم به بينة بالتلف من غير تسببهم ولا تفريطهم
ولم يضمن سائر المستاجرين والمستودعين لان الصانع انما قبض الشيء لمنفعة نفسه
ولم يجز ان يجري مجرى المودع الذي يقبض الشيء لمنفعة المودع فلهذا المعنى ضمنهم مالك
وايضا في تضمينهم مصلحة وتنكل الصانع وارباب السلع وفي ترك الضمان عليهم ذريعة
الى اتلاف الاموال وذلك ان بالناس ضرورة الى الصناع اذ ليس كل احد من الناس يحسن ان
يخيط ثوبه او يقصره او يخرزه فلو قبل قولهم في التلف لعلمهم بضرورة الناس اليهم وتشت
ان تنبسط ايديهم على اموال الناس فلا بد من الضمان ان لم تقم البينة على المشهور وتنبيه

لمتنفع من الذي يقبض الشيء لمنفعة نفسه

قال

قال بعض حفاظ الشيوخ الاندلسيين ووقع اختيارنا على قول التلمساني الابياري وقول
مالك في الدرهم والصناع استحسانا وقياسا على المضاربة لانه انما قبض لمنفعة نفسه وقد
جاء انما هو دانق قال وقد اشكل على قولهم في دعوى الرد مع انهم يضمنون بغير بينة
عادة غالبة فكيف لا واذا صدقوا في دعوى الرد فهم في دعوى الضياع احرى وما يقال
انهم لو ضمنوا امتنعوا الى اكل اموال الناس واعرضوا عنهم الى ان يضيعهم وقد كذبوا العيان
لان غالب من ورى لا شكر ويقال احرى فيما المشترك لا يضمنونهم ولم يقع فيه شيء من ذلك
لا دفعا بهم على الاسباب وخداشهم مع ان اولائك الصناع شر من هؤلاء بكثير على ان تدبير
الانتشاع واصلاح امور الناس وتغيير تلك مما خالف الاصول الشرعية وبهم لا حقيقة
انما تدبر المستحسنين ان يتخذوا على حفظ امور الدين وقواعد المذهب والا فما انفق
على اهل البلاد الذين لا يضمنونهم وما قبح من افعالهم على انتشاعهم وفساد اموال الناس
بما يلزم من حفظ اموال الدين بغير بفعل اهل المغرب الحضرية وانما قال ابن رشد من دفع
جلدا للخراز ليعمل له منه خفين او شقة ليقطع له منها قميصا ولم يسم له صفة ما
يعمله فعمل صنعة تشاكل مثله ان ذلك لازم له ولو اعطى ثوبا للصباغ يصبغه ولم
يعين له اللون وصبغه لونا يشبه كله ان ذلك لا يلزمه في بعض الثوب لانه لم يأمره بذلك
اللون مع ان الخراز والخياط لم يأمرهما بذلك ايضا والفرق خفي لان مسائل كلها قريب
بعضها من بعض والفرق ان الالوان مثلا عن جنس فتبعضها الاغراض لذلك قاله ابن رشد وابن
رشد وانما اجاز مساقاة حوائط مختلفة في صفقة واحدة وجزء واحد ولا يجوز
على اجزاء مختلفة لان ذلك زيادة زاد بها احدهما على الاخر وذلك ممنوع وانما
قال مالك تجوز اجارة المدبر ولا تجوز اجارة ام الولد والكل ممنوع من بيعه موقوف
نفوذ عتقه على الموت لان عتق ام الولد اقوى وايضا فعتق الولد نتيجة في العار وانما
يبقى له فيها المتعة والمدبر خلاف ذلك بحكمه حكم الوصية في كثير من احكامه وانما
قال مالك اذا اقام شهيدا على ان يسلف احدهما للاخر كان للعامل اجر مثله واذا اقام شهيدا
الى اجل او بشرط الضمان وجب فيه قراض المثل وفي كلا الموضعين فهو شرط كل منهما في القراض
ما ليس منه لان القراض الى اجل او بشرط الضمان قراض لم ينضم اليه غيره فلم ينقله عن
حكم القراض والبيع كذلك في شرط السلف لانه من غير القراض اذ هو معنى انضم اليه من

عنه له منفعة عن حكمه وايضا فالشافعي زيادة ان زاد احدهما على الآخر والقراض
اذا دخلته الزيادة انما يفسده وليس كذلك في ابن جلاب والعمل لانه ليس فيه زيادة
ازداد بها احدهما فلم ينقل القراض عن حكمه وانما قال مالك لا يجوز ان يدفع
الثمن فالثمن يريد متطلعا على ان يكون قال على حدة واذا دفع الثمن فلا يشتري به
سلعة فيها يريد ان يدفع الثمن فلا الآخر يشتركه ان لا يخلطه بالاول سواء اتفق الربح
او اختلف وفي كلا الموضعين فلا يريد متطلعا لان رب المال اذا دفع الثمن فليس
في شرطه ان يخلط احدهما بالآخر واختلف الربح فهو غرر لانه يجوز ان يربح في احدهما ويخسر
في الآخر فيكون قد جبر احدهما الآخر فيذهب عمله باطلا فيما لا ربح فيه ويأخذ ربح مال
رب المال فيدخل الغرر على رب المال لان رب المال دخل على انه يربح في كل مال ولا يستبد
العامل في منفعة احد المالين دون الآخر وليس كذلك اذا اشترى بالمال الاول سلعا لانه
بذلك قد حصل له حكم بنفسه اما من ربح او خسارة فلا يدخل مثله الغرر كما دخل في الاول
اذ قد استقر للعامل منفعة المال الاول ان كان فيه منفعة او كان فيه خسران فهو على
رب المال لا تعلق له بالثاني بالآخر وانما قالوا لا يجوز القراض بالتبر والنقد فيه
فلانه قد يحتاج الى رده مثله عند المفاصلة فربما جاز وكذا ان كان له على رجل دين فقال اسلمه في
طعام لم يجز حتى يقبضه منه ثم يرده وقال فيمن له دين على رجل ثم قال له انه لا يجيز له
الثمن سلما في طعام بعد ذلك لان رب الدين يعقده في الاول مرة في الحالة وفي الثانية
مرة فقد ازداده وانما جوزوا في المعروف للعامل القراض ان يخلط مال القراض بماله اذ
كان غير ... ولم يجوزوا له ان يشترط ذلك عليه لان المال في الخلط لم يخرج من يد صاحبه
رب المال بخلاف الشركة وانما قال ابن القاسم فيمن اخذ قراضا فاشترى به ... باخراه
بغير المال ... فتعدى ... وقال له ان يشتري ... ولا يكون ... له في
ان الاول لا يقصد الناس في الغالب لانهم انما يقصدون التجر وليس الكراء تجرا بخلاف
شراء ... والبقر والبذر وانما لم يجعلوا للعامل القراض ان يقارض غيره وجعلوا العمل
المساقاة ان يساقي لان العمل في القراض مبني على الامانة وقد لا يرضى رب المال بالثانية
بخلاف المساقاة فانما عمل فيما لا يغاب عليه وانما صار عقد القراض ... وعقد
المساقاة لان ... القراض ... لم يكن موقتا شابه الكراء ... او المساقاة وانما ...

يجوز

لما كانت كالوصية المعينة لشركاء الحاجة وانما جعلوا للورثة عامل القراض الامين
ان كانوا امناء او اتوا بامين ولم يجعلوا ذلك لورثة المستأجر المعين لان القراض لما كان
كالجعل لا يستحق العامل فيه شيئا الا بالاتمام ارتكب فيه اخف الضررين وهو تمكينهم
من العمل بخلاف الاجير فانه اذا مات بعد الشروع في العمل يجب للورثة بحساب ذلك
من الاجرة وانما قالوا اذا اشترط العامل في المساقاة معونة رب المال يكون
العامل على مساقاة مثله وان اشترط في القراض معونة رب المال يكون له اجر مثله
لا قراض مثله والجميع شرط فيما لا تحصل العقد به لان اشتراط ذلك في القراض
اشد فسادا لانه صار رب المال يدور مع العامل يشتري ويبيع ويغيب على ذلك فصار القراض
كانه في يده ولم يسلمه للعامل الا ربح ما ناله وفي المساقاة الثمرة في رؤوس النخل لا يغاب
عليها والدين انما على الثمرة فليس لرب المال فيها منفعة شيء من الثمرة ولا غيبة على شيء
فيها فكان ذلك اخف من المساقاة فلم يجعل اجيرا وكان له مساقاة المثل قاله عبد
الحق

فروق كتاب الحجر والتفليس

وانما قال مالك اذا استدان السفيه ثم رشد لم يتبع بالدين وانما اذا استدان
العبد ثم اعتق فيتبع بذلك الدين اذا لم يكن السيد اسقطه عنه قبل العتق وكل منهما
محجور عليه لان الحجر على العبد حق لغيره وهو السيد فاذا زال حق السيد لزم العبد كل ما
كان حجر عليه فيه لحقه والسفيه انما ضرب الحجر عليه لنفسه فاذا لم يلزمه الدين في
حال الحجر لم يلزمه بعد لانه حق ثابت له لا في التزامه الدين ضياعا لماله في الحجر لانه
جاء به تضييع ماله فاذا لزمه الدين لم يوجد التضييع والعبد لا يوجد منه التضييع فيه
فافترقا وانما قال مالك يجوز للسفيه الوصية بالعتق ولا يجوز له ان يعتق بتلا
والكل عتق لان السفيه انما حجر عليه لئلا يضيع ماله ويبقى فقيرا لا مال له وما يخشى
منه يوجد في تبتيل العتق ولا يوجد في الوصية وانما قال في المدونة اذا اعتقت المرأة
ذات الزوج عبدا اكثر من ثلثها فللزوج ان يرد الجميع واذا تصدقت باكثر
من ثلثها لا يرد للزوج الا فيما زاد لان العتق لا يتبعض وانما جعلوا للزوج المرأة
اذا تصدقت باكثر من الثلث ان يرد الجميع ولم يجعلوا للورثة الموصي باكثر من الثلث
ان يردوا الا ما زاد على الثلث لان الزوجة بحكمها اشتراط ما غرضها بانشاء الثلث

الثلث ثانيا بطلان الجميع فإنه لو ابطلت الجميع لم يمكن استدراك الغرض بخلاف الأمر
وأيضا المرأة جعل ذلك معها ثانيا فلا تتورع عن اخراج ما زاد الثلث فيما بعد
وليس كذلك الحين فإنه لا يمكن أن يعود فيتصدق بالثلث من بعد فلما تعذر ذلك فيه
لم يبح أن يبطل إلا ما زاد على الثلث فتبيين مذهب بعض المتأخرين أن الزوج
إنما يمنع زوجته من الزيادة على الثلث في المال الذي كان معها في حال عقد النكاح
لأن الزوج زاد في الصداق من أجله ويستدل لذلك بقوله عليه الصلاة والسلام تنكح
المرأة لمالها الحديث وكلام المذهب أن لا فرق وأن للزوج حقا في مالها مطلقا سواء
في المال الأول واختلف إذا تكرر منها العتق والصدقة بالثلث في كل مرة وأقل منه
هل يبطل جميع ذلك أو يجوز الجميع أو التفصيل بين أن يبعد ما بين ذلك أم لا فإن بعد عن جاز
ذلك كله وإن تقارب رد كله وإن توسط رد الأخير فعلها ومنزلة ابن [illegible] وغير
جعل البعد كاليوم واليومين يبطل الجميع والطول ستة أشهر فيجوز الجميع والمتوسط
بالشهر والشهرين يبطل الأخير فقط ومع اختلف هل تحمل هبتها على الضرر أو على
القربة وثمرة الخلاف في إبطال الجميع أو الزائد على الثلث فأبو القاسم حمله على
الضرر في المدونة فأبطل الجميع وقال إنه لا يجوز إمضاء بعض الضرر دون بعضه وحمله
أشهب على القرب فأبطل الزائد واختاره الشيخ أبو الحسن اللخمي رحمه الله وإنما
لزم الزوج أن يتصدق على أبويها وإن جاوز الأنفال الثلث وليس لها أن تتصدق إلا بالثلث
لأن الأب نفقته على الأبوين بوجه الحكم ولا كذلك تبرعها وإنما منعوا الحمالة وإن
الزوج بأكثر من ثلثها لما وجوزوا أمرهما لأن الغرض من الحمالة وفي الحمالة هي
المطلوبة قال ابن رشد وإنما لزم الطلاق بالاتفاق واختلف في لزوم عتقه للأم
ولده لأن زوال الولد مترقب فيما المال بالجناية عليها ولا كذلك الزوجة وإنما
يلزم منه الاشتغالها ولا يلزمه أن يقر بالمال مع أن ثبت شغلها وفيه إثبات وارث وهو
مستلزم لإتلاف المال لأن اشتغلها الوارث وإن سلم فيه إثبات المال لكنه لا يضر له
لأنه بعد الموت بكان كوصيته وإنما جعلوا محجور الوصي لا ينفك عنه إلا بحكم
إذ ذاك الإطلاق ولا ينفك بالبلوغ وإن شرط إطلاق محجور الأب فإنه ينفك بهما مع أن
القوة من الأب لأن الأب تماد عليه وولاية الوصي مستفادة عنه لعله فلو جدد عليه الحجر

بعد ارادة البلوغ وهو لو حجر عليه لم يجز حجره بابه كالمولى والله اعلم وانما قالوا
يستحب للمراة اذا رد الزوج عتقها ثم تابت او تصدقت ولم يستحبوا للعبد اذا رد السيد
عتقه ثم عتق ان يمضيه لان الزوجة من اهل التبرع بالعتق ولا كذلك العبد لانه لو اعتق كان
الولاء للسيد دونه وايضا المراة تتصرف في ثلث مالها وفي جميعه عند الشافعي وكانت
اقوى بخلاف العبد وانما رد الزوج رد ابطال ورد الغرماء رد ايقاف لان الزوج تعلق حقه
بعين مال الزوجة للتجمل به ولم يتعلق حق الغرماء بعين مال الغريم وانما تعلق بذمته
وانما اعتق المديان لام ولده اقوى من اعتق السفيه لام ولده لان نظر المديان فيه
انما حجر عليه في مال مخصوص ولو سقط الدين بابراء او بهبة زال حجره والسفيه محجور
عليه من اكثر الوجوه وكثير من اهل العلم لا يزيل حجره بانتقال حاله للرشد حتى يحكم القاضي
بانتقاله قاله ابن عبد السلام وانما جاز للماذون بيع امته بغير اذن سيده ولم يجز
بيعه ام ولده الا باذن سيده لان ام ولده قد تكون حاملا وحملها للسيد ولان فيه عارا على
لسيده بغير اذنه وايضا العبد اذا اعتق تكون ام ولد على قول قائل فلا يجوز له بيعها
لذلك الا باذن السيد تنبيه لا يقال يلزم على الاول ان لا يبيع كل امة وكذلك الا
باذن سيده لان الوطء فكذلك الحمل لانا نقول ام ولده قد تحقق انها للسيد فلا بد هنا
المتحقق وكل امة يحتمل ان تحمل او لا فهو قلت يلزم على الاول ايضا انه لا يكون من
بيعهما في دينه الا باذن سيده والمنصوص خلافه قلت لما كان منعها والحمل موهوما
وحق علق للعبد فلا يترك الامر المحقق لموهوم محتمل وايضا فلا وجه لاستئذان السيد في امر
يحققوه وانما بيعهما في الدين بعد استبرائها جائز قلت يلزم على الثاني ايضا انه لا
يجوز بيعهما وان اذن سيده قلت اذن السيد في بيعهما انتزاع وفيه بحث وتنظر كقول
وانما قال مالك لا يحل وطء للمجلس او المبتوتة من ذي بروحل فلا كان عليها عدة من وضع انه في
كلتا المدتين لأجل ان الوطء الذي عليهما انما هو لحق الزوج منهما ولم يوجد
الوطء منهما الا بعد ذلك الحيض شغلا كبيرا كذلك الوطء الذي منهما الا رحما باقية ومن
ذمة من حق فلا عدة فانما لم يحل القبلة والوطء بالطلاق وحل بالموت مع ان الجميع
من اهل الولاء لان الزوجة في الموت لم ترض عشرة زوجها الميت ولا كذلك الطلاق فلان ذلك
الزوجة لم تعرم وانما لا ابتذال للمستمتع وطالبها عار الاهل يستتر به عورته ويسريه

كان

كان

هي

لو

عليه

جوعته ويترك للمديان والمفلس لبسة مثله وثوبي جمعته اذا لم يكن نهرا كبير ثمن وقد
يعيش به هو واهله الايام لان الغرماء انما عاملوا المفلس بالاختيار منهم بل عاملوا معه
على ان يلبس مثل ما يشبهه وينفق على اهله وعياله بخلاف ما اولا الذين لم يعاملوه ولكن
دخلوا معه على ذلك ولا اذنوا له في شيء منه قاله ابن رشد وابو عامر وانما لم
تجز فعلة مثل مستغرق الذمة وتجوز فعلة مثل من احاط الدين بماله لان الغرماء قد
دخلوا معه على انه يبيع ويشتري ويتكلم على ذلك فلم يضربوا على يديه ويجلسوه
بخلاف المستغرق ولذلك لا يجوز له ان يقضي بعض اهل تبعاته دون بعض ابن عات علمهم
قاله في الاجوبة وانما قال مالك يقبل اقرار المفلس بدين في المجلس او بقربه بالقرب
ولا يقبل قوله بعد بعده لان الغالب في حوض تعامل الناس انه لا يستحضر جميع ما عليه
في وقت واحد الا بتفكر وانما قال لا يستاجر مشلول لرتبته ويستاجر قوي بدنه لان المستو
لم يتوله فيها الا الاستمتاع بخلاف المديان فان له قواما فيها البقاء المحوزة له فيها
وانما كان البائع اسوة الغرماء في الموت ولا سبيل له الى السلعة وفي التفليس
بالخيار وفرق ان الذمة قد خربت فيهما لان ذمة المبتاع قائمة موجودة يرجع اليها
سائر الغرماء ولا يكمل حقهم وانما يرجعون عما زاد ولا كذلك اذا مات لانه قد بطلت
ذمته بكل وجه فلم يجز ان يجعل صاحب السلعة اولى لانه يكمل حق سائر الغرماء ووجب
النكد للعد بفيز جميعا موجب ان يشتركوا في املاكهم وايضا انما كان البائع اولى بالخيار
في المفلس للاثر الذي جاء وهو ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ايما
رجل باع متاعا فافلس الذي ابتاعه منه ولم يقبض الذي باعه منه شيئا فوجده بعينه فهو احق
به من غيره فان مات المشتري فصاحب المتاع اسوة الغرماء رواه ابن شهاب عن ابي
بكر بن عبد الرحمن بن الحارث تنبيه قال بعض الشيوخ هذا الحديث ضعيف من
وجوه منها ان ابا المعتمر هو الذي روى الحديث وهو مجهول وفيه ايضا ابو خلدة وهو
مجهول فشكوك فيه والحديث لا يقبل فيه وليس مما ينبغي ان يحتجوا به لضعفه وانما
قال في الزوجة اذا مكنت الزوج من نفسها ليس لها منعه حتى تقبض الصداق ولو قام
الغرماء عليه بل لا ينبغي لها الا المحاصة وقالوا في البائع ان سلم السلعة للمشتري كان
احق بها ان لم تفت ويختص بها دون الغرماء مع ان الدخول على الزوجة كقبض السلعة لان

السلعة

السلعة كانتا فيما يتحولان ولا خذها فانه كان ذلك كالعفو عما يجب له من الثمن
والزوجة لا فانه لسلمتها نفسها بعد الدخول بها لأجل الصداق واذ لا تأخذ جملته فيما
يجب لها لا يقال الدخول على المرأة كتفويت السلعة في التفليس لان الدخول كالقبض
لانا نقول قد جعل مالك في المدونة قبض السلعة في بيع الامة بأمور كالدخول على
الزوجة في النكاح الوثيق والله اعلم وانما قال مالك اذا باع امة فولدت عند
المبتاع ثم افلس المبتاع بعد موت احدهما كان البائع بالخيار ان شاء اخذ من وجد منهما
بحصته من الثمن الاول او تركه وضرب مع الغرماء بجميع الثمن لان موته لا ينتفع المشتري
فيه بشيء فلذلك يؤخذ من بقي بجميع الثمن اذ لا سبب للمبتاع في موت من مات والبيع من
سبب المبتاع وحصل له الانتفاع بما نزل في ثمنه من ثمن المبيع فلذلك يؤخذ من بقي
بحسابه ويضرب من بقي مع الغرماء وانما قال منها في بيع احدهما انه يأخذ من وجد
منهما بحسابه من الثمن الاول او تقوم قيمته يوم الحكم ثم تجزى بينهما من ثمن الامة فيأخذ
فيهما ويضرب بما بقي له ان شاء رد ما قبض بالثمن كله وقال في السلع ان بيع بعضها
ان البائع يأخذ بحسابه من الثمن ولا تعتبر قيمته لان السلعة بعضها فيها تجزئة ما بقي فيما
بيع فإن بيع النصف عرف حسابه من الثمن وكذلك الثلث والربع وليس كذلك الامة والولد
اذ لا نسبة من الام والولد من الولد فلم يبق الا القيمة وانما يأخذ البائع الولد مع
الام ولا يأخذ الثمرة المنتفعة مع الاصل لان الولد كالجزء من الام وليس كذلك الثمرة فانها من
الخراج التابع للضمان وانما يأخذ البائع الثمرة مع الاصل في التفليس ما لم تجد وكذلك
يأخذها الشفيع في الشفعة الا ما لم تيبس لان الثمرة في الاولى مشتراة وهي ذات ثمن وحالة بالغصون
بمنزلة اغصان الشجر وفيه نظر وانما اتفقوا على اخذ الصوف قبل الانفصال واختلفوا
في الثمرة قبل الانفصال ومذهب ابن القاسم وغيره انه لا يأخذها اذا ابرت لان الصوف
يكون للمشتري بمجرد العقد والثمرة المأبورة لا تكون له الا بشرط في العقد وانما يسترجع البائع
الصوف مع الغنم اذا جز وكان قائما بعينه ولا يسترجع الثمرة مع الاصل اذا جذت وكانت
قائمة ولا [illegible] لان الثمرة لو
[illegible]
[illegible]

[illegible]

جزء مال كسلعة ثانية مع اصله قاله الامام ابو عبد الله المازري وجه الاول فقال وهو
انعم قلع بعد بيع وايضا الثمرة لما لم تدخل في البيع ابن بشر كان اشبه بمال العبد وجرى كالانتزاع
والبائع لا ياخذ مال العبد بعد انتزاعه وكذلك الثمرة بعد جدها والصوف لما دخل في البيع
دون شرط كان كجزء من المبيع فصار كبعض المبيع فلا يمنع اخذ جميعه قاله ابن يونس وانما
قال قلت اذا باع غزلا وعرصة فنسج المبتاع الغزل او بنى العرصة ان البائع يكون شريكا
بقدر قيمة الغزل والعرصة من الثوب والبناء واذا استحق عرصة بعد ان بناها المستحق
منه فان للمستحق ان يعطي قيمة البناء وتكون الارض والبناء له فاخرج البناء عن ملك
بانيه في الاستحقاق جبرا ولم يخرجه عن ملكه في التفليس لان المشتري في الاستحقاق غير
متعد اخطأ في اعتقاده وبنى في ارض لا يملكها في ظاهر الحال بخلاف المشتري في التفليس فانه
بنى في ارض مملوكة له ظاهرا وباطنا قاله المازري تنبيه استشكل بعضهم عدم الفوات
في الغزل قال لانه لا يسمى بعد النسج غزلا وانما يسمى ثوبا او رداء كما ان الثوب اذا فصل
سمي قميصا او سراويل او جبة [illegible] المذهب لم يجعلوا مقتضى انتقال الاسم
وانما جعلوه انتقال العين ولم ينتقل هنا وقال ابن محرز انما لم يكن النسج فوتا كمن
غصب غزلا فنسجه ثم استحق فاذا لم يبطل حق المغصوب منه والمشتري فالبائع في التفليس
اولى وانما اختلف المذهب فيمن اشترى ارضا فبنى فيها ثم اطلع على عيب هل يكون بناؤه
فوتا يمنع الرد ويرجع بقيمة العيب اولا ولم يختلفوا فيمن اشترى ارضا فبنى فيها ثم فلس
انه لا يكون فوتا وللبائع ان يشارك بقيمة العرصة او يحاصص لان العيب [illegible]
البائع او تم بيع او جب له [illegible] المشتري عليه وذلك مفقود في مسألة التفليس والله اعلم
وانما قالوا اذا افلس مبتاع عرصة بعد ان بناها فلبائعها المحاصة بثمنها او شركة
الغرماء فيها فيضرب بقيمتها وهم بقيمة بنائها وفي نسج الغزل مثله واذا قطع الجلود والثياب
كان فوتا ويضرب مع الغرماء لان البقعة والغزل قائم بعينه الا انه زيد فيه غيره وقطع
الجلود والثياب نقص منه وافاته لها قاله ابن رشد تنبيه قال ابن رشد ومقتضى
القياس على اجماعهم في الجارية يصيبها عور او عمى او الثوب يخلق او يبلى ان لربه اخذه بكل الثمن
الا ان يكون قطع الثوب والجلد فوتا وان لم يجد اخذهما الا ان يكون فيهما شريكا كالبناء بالعرصة
وانما قالوا اذا اراد المشتري [illegible] ثم فلس فللبائع ان ياخذه ويحاص الغرماء بعد ادائه

ولو جنى العبد المشتري ثم فلس المشتري فللبائع اخذه ان يفديه لانه لا ياخذه من الغرماء
بفدائه والجميع بدله لان ارش الجناية لم يكن متعلقا بذمة المفلس لانه كان له ان يسلم
العبد في الجناية وله ان يفتكه بخلاف ذي الرهن فانه كان في ذمته فلذلك اخذها وانما
لا تحاص الزوجة غرماء زوجها اذا افلس بصداقها بتقدمه مع ان الجميع ديون
متساوية لان الزوج اذا مات بطلت ذمته فتحاص مع الغرماء في الموت اذ لا ذمة تعود
اليها وللمفلس ذمة قائمة فتتبعه في حال اليسر والعسر وانما قال مالك فيمن
استوجر على صنعة فصنعها ثم افلس رب السلعة ان صاحب السلعة اولى بالسلعة
حتى يقبض اجرته واذا استوجر على رعاية غنم او حفظ متاع ثم افلس مستاجره ان الاجير
اسوة الغرماء لان الصانع اثره في عين السلعة فصار بمنزلة من باع سلعة فافلس مبتاعها
ثم وجدها فانه احق بها وكذلك اذا اكترى ارضا فزرعها ثم افلس او مات فبان ربها بنفع
كرائها فرب الارض احق بالزرع الذي فيها حتى يستوفي اجرتها لان الارض حائزة لما
فيها وكذلك اذا اكترى دارا سنة ولم ينقد كراءها وسكنها بعض السنة ثم افلس او
مات فرب الدار احق بها بمعنى من مؤخر الكراء ولا كذلك من استوجر على الرعي والحفظ لانه لم
يؤثر في عين الغنم ولا المتاع بالحفظ والرعي شيئا وانما يثبت التاثير فيما كالثوب
وكمده وكمزوله ونسجه وفتله وشبه ذلك واما رعاية الغنم او حفظ بستان او متاع
فيها هو باجرته مع الغرماء لانه لم يترتب في ذمته وانما كان المكتري احق بالزرع
في الكراء المضمون او غيرهما سواء كان المكتري بعينه الرواحل ام لا ولا يكون الراعي
احق بالغنم ان فلس ربها بعد فعل الراعي لان الراعي ونحوه لم يتعلق بعين الرواحل حتى
يوجب بذلك ان يكون حقه في ذمة المكتري بخلاف الركاب فان نفسهم للرواحل تعلق لهم
بها حوزا لركوبهم عليها فصارت كالمعينة وكان كتعلق الصانع بعين المتاع قال
ابن يونس وانما كان مكري الرواحل احق بما حملت في الموت والفلس وان لم يكن معها
ولم يكن مكتريها الزارع وانما يكون احق بها فيهما في الفلس والموت بل هو اسوة الغرماء
لان مكتري الرواحل حائزة لما عليها وكذلك فالرفقة للمتاع كفارة الرهن وايضا
في حملها من بلد الى بلد تنمية للمتاع والسفينة كالرواحل وانما لا يجوز عتق من
احاط الدين بماله ولا هبته ويجوز قضاؤه لبعض غرمائه دون بعض لان قضاءه لبعض

غرمائه دون بعض يؤدي الى التهمة به في معاملته وإذا عومل غيره بالدفع فالداخل
عرفة رحمه الله تنبيه بهذا العزو ينتفي الرد على القاضي ابي محمد عبد الوهاب
في قوله عنه وسببه على الخلاف في قضائه بعض غرمائه

فصل في كتاب الحمالة

وإنما قال ابن لبابة لو باع رجلان سلعة على أن كل واحد منهما حميل بالآخر لم يجز
ولو اشتريا أمة على أن كل واحد منهما حميل بها على الآخر جاز لأن المشتريين لو دفع البائع
السلعة على أحدهما فيما عليه وعلى صاحبه لجاز لأن كل واحد منهما لما تحمل بصاحبه
صار كالوكيل له على قبض السلعة ولو دفع المشتري إلى أحد البائعين لم يبرأ الذي لم يقبض كل
منهما حميل بصاحبه جميع الثمن لزم وإنما اشترط العوض في الهبات ولم يشترط في
الحمالة على المعروف مع أن الجميع تبرع لأن الهبة لم يتعلق بها حق سوى حق
الموهوب له وأما الحمالة فهي هبة تم عليها الدين بأن يقضي عنه دينه لم يرجع
به عليه إذا أيسر ولكن تعلق بذمة الهبة حق لغير الموهوب له وهو التحمل ذكره الشيخ
للدين وهو غير الموهوب له فصار في الهبة شبها كالمعاوضة لزوال يد الموهوب له عنها
وحلول غيره محله فصار بهذا كالمعاوضة والمعاوضة شأنها كالعقد من الموهوب له
فلهذا افترقا وقد اختلف المذهب فيمن وهب سلعة لرجل ولم يقبضها الموهوب له
حتى تحمل عنها من جهة أخرى ثم قال الواهب ومن في يده فقيل يبطل الهبة لعدم الحوز
وقيل بإمضائها لتعلق حق المشتري بها والمشتري ليس بموهوب له وإنما يستحقها عن
معاوضة وعقود المعاوضة لا تفتقر إلى حيازة ومن هذا المعنى مسألة المدونة
في القائل لرجل قادم لك على فلان فأنا حميل به فمات الحميل فيلك أن يقضي بالرجوع
على التحمل به فإن ذلك يؤخذ من تركته إذا قضى به على الخلاف المذكور قال الإمام
أبو عبد الله المازري رحمه الله تنبيه الأشياء التي لا تتم إلا بالحيازة
الأحباس والصدقات والهبات والعمرى والعطية والنحلة والمزية والإخدام والعرية
والعارية والإرفاق والعدة والإخدام والتحلة والحمل والرهن ضابطه كل ذلك
انتقال بغير عوض فلا بد من حيازته واختلف في الزيادة في ثمن السلعة وهذا الحرافة والوصية
من أنها لا تفتقر إلى ذلك بدليل أنه إذا أجاز الورثة ذلك بعد الموت وافتقار الأيمة وإنما منعت الكفالة في

في الحدود وجازت في سائر الحقوق مع ان الكفالة كما علمت على المكفول الا في الحدود فيجوز
اخذه من الكفيل والحدود لا يجوز اخذها من الكفيل وانما تؤخذ ممن وجبت عليه تنبيه
وهذا كله في الحدود التي هي من حق الله سبحانه وتعالى الثابتة بالبينة كالحد
في الزنى وشرب الخمر والقطع واما لو كانت الحدود التي هي من حق الله سبحانه
انما تثبت بالاقرار لكان التكفيل بالطلب للمقر جائزا على القول عندنا ان للمقر الرجوع عن
اقراره وان لم يكن له عذر ولا شبهة وكذا على القول بانه ممن يعذر به كالرجوع عن اقرار وقد
اختلف الرواة في حديث الغامدية هل كفلها رسول الله صلى الله عليه وسلم لما
اقرت بالزنى وهي حامل حتى تضع حملها ولم تكفل وهو جار على هذا الاصل وانما
لا تصح الحمالة بالكتابة وتصح بغيرها لان الكتابة ليست بدين ثابت على المكاتب والحميل
يحل محل من تحمل عنه فلو كان الدين ليس بثابت على الاصل فاحرى ان لا يثبت على من هو فرع عنه
وتبع له وهو الحميل وانما قال اشهب فيمن قال لرجل كاتب عبدك وعلي مائة دينار يجوز
ولا يجوز ان يتحمل بالكتابة مع ان المقصود من الحميل حصول العتق للمكاتب فاذا عجز ولم يحصل
له العتق وجب بطلان الحمالة فلذلك بطلت من اول الامر كاتب عبده على ان اعطاه حميلا
بالكتابة فقد اعطاه حميلا بدين فهو لا يثبت فلم يصح ذلك لما قدمناه لان المقصود من
الحميل حصول العتق الذي اخرجه على وجه الغرر والله اعلم ومسألة اشهب انما وقع البيع
فيها على ان يستانف الكتابة ومن وقع عقده في بيع العتق وهذا مما فيه تنبيه لا تجوز
الكفالة في ثمانية اوجه وهي الكتابة والصرف والقصاص والحدود والتعزير وفيما بيع
بعينه واجارة الاجير فيما يستعمله على ان يعمل بنفسه وحمولة دابة بعينها
وانما قالوا بسقوط الحمالة على المعروف من المذهب اذا مات المتحمل بوجهه في الاجل
واذا تغيب عن البلد او فيه فلا تسقط والغرامة لازمة لان الموت لا يمكن الاحتياط به ولا التحفظ
منه لعدم القدرة البشرية على دفع الموت عمن وقع عمله وتعديه ولا كذلك التغيب فلانه
مما يكتسب ويكتسب التحفظ منه وانما اخذ الحميل بالوجه ليتحفظ من تحمل بوجهه حتى لا
يغيب واذا غاب توجهت الغرامة لانه انما اخذت الحمالة لما تقدم والله من الغرامة
وان القصد منها تحصيل فائدة الذمة من الدين تنبيه لو وقع الموت بعد ان تغيب
المتحمل بوجهه فان المذهب على قولين احدهما سقوط هذه الحمالة بالموت الثاني
ان الموت بعد انقضاء الاجل لا يسقط هذه الحمالة والثاني مذهب ابن القاسم ولو ان

يثبت بالاقرار

قوله لا تكون الا في التكفيل [illegible] عن اقرار [illegible]

الامر

[illegible] الحميل [illegible]

السلطان فيسجن المتحمل بوجهه تعزيرا عليه ويمنع عنده ولا سبب فيه للغريم
فقال الفازوي انه يجري مجرى فوته وموته يسقط الكفالة فكذلك اذا كان
من اهل مثله ليس من الغريم ولا سبب له فيه وانما لا يغرم حميل الوجه
اذا اثبت فقر المتحمل بوجهه وكان عاجزا ويغرم اذا اثبت فقره وهو غائب لا ان حكم
بتغريمه لانما يتوجه مع اليمين افادته البينة انه لم له مالا كتمه ولا باطنا فلو كان
عاجزا او ثبت فقره وحلف سقطت الكفالة لاستيفاء شرائط الحكم بالفقر واذا
اثبت الكفيل فقر الغريم وهو غائب فقيل من قال الحكم بالفقر يمينه واستحلفه مع
مع غيبته يتعذر وان كانت مزية اليمين فيمن اشتكيها لاجل التهمة بانه اخفى مالا
وغير لا تشكيها والتهمة ليس فيها من القوة ما للايمان الواجبة على الاعلا في
الجمعية وانما قالوا في السلم ان كان الذي لم يعين فيه القبض بموضع مخصوص
ان القبض يكون بالمحل الذي وقع فيه العقد واذا وقعت الحمالة بوجه ولم تعين
بموضع يحضر فيه الغريم فان الحمالة تسقط اذا احضره بموضع يتمكن فيه من الطلب
او موضع كان ذلك السلم لاختلاف البلاد في اسعار ما فيها اغراض للناس الا ترى
انه لو باع سلعة بثمن الى اجل فحل الاجل واجتمعا في بلدة اخرى فانه يقضي
بالثمن لانه لم يختلف الاغراض فيها باختلاف البلاد بخلاف غيرها فان للناس
اغراضا تختلف باختلاف البلاد وتسليم الكفيل لوجه المكفول بوجهه يحصل الغرض
فيه للمكفول له في سائر البلاد وانما قالوا في الكفيل بالوجه اذا زعم المحروم
ما امر بالخروج في طلب الغريم انه جعل يخرج في ذلك اذا كان بعد مدة يمكن او يخرج
ويرجع فيها واختلفوا في الاجير على توصيل كتاب الى بلدة اخرى فقال وعلمت من يحرر
في ذلك انه لا ان الرسول على توصيل كتاب فما ول جهره لا عوا الاثبات ذوي ذمة اخر
والتزوور لا تثبت في الذمم ابه بينة ولا كذلك الحمالة فانها لا تثبت بدعوا له
دينا على اخر وانما يراد تغليبه مما التزم من الطلب وهو مما لا يكره فيه اقامة
البينة فكان الغريم والمكفول له داخلين على تصديق الكفيل فافترقا تنبيهات
بقولنا فكان الغريم والمكفول له داخلا على تصديق الكفيل يندفع ما يرد من الخلاف
في الكفيل من مسألة الرسول كما توهمه بعضهم ويندفع النقض ايضا بمسألة الغريم
وانما قالوا اذا غاب الغريم فقضى الحميل عنه الدين بعد حلول اجله ثم قدم

الغريم فإن ثبت ببينة أنه كان قضاه قبل شهادة الحميل فإنما يرجع بما أدى على الغائب
المتحمل له لا على من قضاه عنه وإذا اثبت أن الحميل دفع بعد حلول الأجل وقبل دفع
الغريم فإن رجوعه على المضمون عنه لا على المضمون له الغائب إن دفع الحميل
بعد أداء الغريم فكأنه أداه على نفسه وأدى ما لا يلزمه أداؤه ولا تكون له مطالبة
على الغريم لأنه أدى عنه ما لا يلزمه أداؤه سبقه بأداء الغريم له ولا كذلك العكس
فإنه رجع عنه ما لزمه والغريم هو الذي ترتب على نفسه ما لا يلزمه «تنبيه»
إن علم تاريخ السابق منهما فالرجوع من اللاحق فالحكم ما تقدم وإن جهلت
التواريخ فذهب ابن رزق على أنه لا يجب للحميل رجوع على الغريم مع الشك في
كونه يستحق الرجوع عليه أو لا يستحق إلا أن يكون دفعه بقضية من السلطان فيرجع
على الغريم لأنه في معنى المجبر على الدفع وإنما جاز للحميل في بعض الأقوال
المرتبة أن يصالح على المتحمل عنه بعروض ولا يجوز له أن يصالح عنه بمثلي مع أن الجميع ملك
لأن العروض لما كان يرجع فيها إلى القيمة وهي من جنس الدين والحميل يغرم قيمة سلعته فقط
دخل على القيمة إن كانت أقل من الدين وإن كانت أكثر فقد دخل على أخذ الدين دون قيمة الزيادة
بخلاف المثلي لأنه من غير جنس الدين فلا يدري فيه الأقل والأكثر لا بد أن يشتركا في
الجنس والصفة فكانت الحمالة في المثلي أقوى وإنما قالوا في القضاء إذا صالح
المضمون له يرجع على المضمون عنه بالأقل من الدين أو القيمة وفيمن أمر رجلا أن يشتري
له سلعة بالعشرة ولم يدفع إليه شيئا فاشتراها بعشرة أن الآمر مخير في تركها أو اشترائها
ولا إشكال أن يدفع الآمر ما أدى عنه أو وهبه البائع وكان ينبغي أن يرجع بالشراء أن يدفع
له إلا ما أدى به أو قيمة ما اشتري به والإجماع أن كل واحد من الكفيل والوكيل وعلى
غيرهما ما أدى فيه فصار محروما لأن المأمور مأذون في التسلف لأن العرض أن الآمر لم
يعط شيئا فإذا أمضى الآمر جعله فإنما أمضاه على الوجه الذي فعله وهو السلف
ولا كذلك الكفيل فإنه لم يؤذن له في شيء يوجد وإنما فعل هو من جهة نفسه التطوع
فلا يكون على الغريم إلا الأقل وإنما قال في المدونة فيمن قال لرجل بايع فلانا أو
داينه فما بايعته من شيء أو داينته فأنا ضامن لعواد ذلك يلزمه ولو لم يداينه
حتى أتاه الحميل فقال لا تفعل فقد برئت في الحمالة فله ذلك ولو قال احلف وأنا ضامن
ثم رجع قبل اليمين لم ينفعه رجوعه ولزمه الضمان من جهة الحديث أن يقول أنا أدعي عليه

ان في عليه كذا وقد احل هذا نفسه محل المدعى عليه وكأنه قال المدعى عليه احلف
في وانا اغرم لا يكون له رجوع فكذلك هذا ولا كذلك قول الذي قال عامله وانا ضامن
فانه كقول العامل نفسه وانا اعطيك حميلا فكما لهذا ان يرجع فلهذا ان يرجع قاله ابن
يونس وانما قالوا في اختلاف الحميل ومن له الدين في كون الغريم فقيرا فيتوجه الطلب
على الحميل من غير خلاف او مليا فيمن توجه الطلب عليه على اختلاف فمن قال فيختلف
فيه على قولين هل يحمل على العدم حتى ينكشف من حاله ما يدل على ملائه فيجرى الطلب على الاختلاف
قولين قال ذلك او يحمل على الفقر حتى يظهر ما يدل على الملاء وقالوا ان من اشترى سلعة ثم ادعى
العجز او الفقر عن ثمنها لا يصدق من غير خلاف لان المبتاع اخذ العوض عما يطلب به من الثمن
فيستصحب وجود ذلك بيده حتى يثبت ما يدل على تلفه من يده واما الحميل فلما لم ياخذ عوضا
صدق في عدمه كما صدق الانسان في انه فقير اذ الطلب بالانفاق على ابويه لما كانا
معه الحمالة لم ياخذ عنها عوضا وانما قال بعض الاشياخ اذا قال عامل فلانا
بمائة دينار وانا كفيل لك بها انه لا يمكن من الرجوع عن الكفالة وقعت المعاملة او لم تقع
ان لم يعين قوله فانه يمكن من الرجوع فلم تقع المعاملة لان الذي سمى مائة دينار فصح
غاية ينتهي اليها فالطلب ولا كذلك من اطلق ولم يحد فانه ليس هناك غاية تطلب فلا
يمكن من الرجوع عن ذلك الا انه ان قال اكتروا اوله شهرا فان العقد لازم لهما جميعا فالقول لو
اكراها كل شهر بدينار لكان لكل واحد منهما الرجوع فيما يستقبل من الشهور لما لم تكن هناك
غاية ينتهي اليها المكترى وانما قالوا فيمن اعطى غريمه حميلا بالدين ليؤخره الى ابعد
من اجله لا يجوز وان نزل سقطت الحمالة ولم يؤخذ الحميل بغرامة قبل انقضاء الاجل ولو اعطاه
بذلك الحميل رهنا لم يجز ايضا وان وقع ونزل ففي المدونة يكون فاسدا والمرتهن اسوة به من الغرماء
لان كل واحد من الرهن والحميل توثق لا حق المرتهن تعلق بعين وقد قبضها وحاز ملكها فان ذلك
كالعوض في المعاملة الفاسدة والحميل لم يحز المتحمل له ولم يتعلق بعين استحقها عليه قاله
المازري وانما جوزوا اخذ الكفيل عن الغريم بعرض عن عشرة ثم يغرم الغريم الكفيل الاقل
من الدين او قيمة العرض وتعقبوا دفع عرض عن ثواب من وهب عرضا لهبة ثواب مع انه انما يقضي
للراجع بالاقل من قيمة العرض الذي دفع او قيمة العرض الموهوب لان الغالب في الثواب
كونه اكثر من القيمة وهو مجهول ولا قدر مجهول بل اشد غررا من الكفالة مع غلوه ومجهول لا
كذلك الدين المتحمل به لانه معلوم قاله المازري رحمه الله وانما قالوا في المدونة من

واما

اقر

أمر من يشتري له سلعة فاشتراها بغير العين فله تركها. فإن أخذها دفع له مثل ما دفع

من الأقل. وقاله في مسألة الكفيل يعطي عرضا يرجع بالأقل من الدين أو قيمة العرض لأن المأمور

أمره الآمر أن يسلفه بل تطوع أن يشتري من عنده سلعة فصار كأنه باعها سلعة ولو

كان مأمورا أن يقضي عنه الدين فدفع فيه عرضا لخير الغريم في مثله ودفع العرض لو

ما عليه من الدين قاله ابن يونس. وإنما لم يجعلوا للزوج يقول إن جعل الخلع أن

الزوج ترجع قبل قبلان هو وإنما له هنا أن يرجع قبل اليمين والزوج قول القمار وجعلوا

للقفا بل للدائن قبلانا بما دابته من شيء وقالنا أمر له ثم يقول له قبل الجزاء فيه لا

يعمل ويغرم بذلك في الحمالة أن يرجع ولا يلزمه ما التزم ولأن الزوج أتاه قبل المعاملة

لم يزد له في شيء حتى يعامل فلانا فيكون قد أدى خلده في ذلك فيتعلق عليه ما هي

والآخر قد أدخله في تركها خيبه ونشر عيبه وبعد المطالب عنه. وأيضا فإن

القمار أو جيبه بشرط اليمين التي هي أحد المطالب وقادر عليها بنفسه والمعاملة

لا تمسي قيمته لنفسه حتى يعامله فلا وفرق يرى بها فأنه فلا يصح له أن ينتسب

فافترقا هنا والله أعلم. وأيضا الزوج قبل له أحلف يقول للقفا من الخمس حقا

تقدم وأمر أوجب له. وأما الزوج قبل له عامل فلانا فلم يجب في ذلك أحد بعد لأن المعاملة

لم تكن فلذلك أوجب في الحاضر كما مر مثالنا ولم يجب بهذا مفترقا والله أعلم قاله عبد

الحق رحمه الله تعالى

فروق كتاب الحوالة

وإنما قال مالك لا يلزم المحال الكشف عن ذمة المحال عليه قبل أن يقبل الحوالة بل

يجوز له قبول الحوالة ولو كان شاكا في حال المحال عليه هل هو غني أو فقير. وقال لا

يجوز لمن شراء دين بغرر في الذمة بعرض يجوز شراؤه إلا بعد أن يكون من عليه

الدين حاضرا يعرف يسره من عسره لأن ذمة الغريم هي المشترى وتختلف في مقدار

عوضها باختلاف حال الذمة من فقير أو غني والمبيع لا يجوز أن يكون مجهولا. فإذا اشترى

دينا لا يعلم حال من هو عليه هل هو فقير أو غني فقد صار اشترى شيئا مجهولا وذلك

ممنوع من جهة البيع. والحوالة ليست ببيع على الحقيقة عند أهل الكتبة بل هي بعضها

المعروف فيعفى فيها عن مثل هذا الغرر لكون الغرر يغتفر كونه معتبرا. وإنما قال

الأئمة رضوان الله عليهم إن علم المحيل بالفلس المحال عليه يوجب للمحال الرجوع

اخذ من الحميل ان كان الحمال غير عالم وقالوا فيمن باع سلعة بثمن الى اجل
واشترى فلس والبائع يعلم بذلك ان البائع لا يفسخ البيع والبيع له لازم لان البياعات
تتكرر كثيرا لاجل الحاجة اليها وعدم الاستغناء عنها فصار الكشف عن ذمة
المشتري فيها يشق فلو قلنا بفسخ البيع للبائع الخ بعد الكشف عن ذمة المبتاع والبحث
عنها لتوقفت اكثر البياعات بخلاف الحوالة فانها لا تتكرر فلا يعسر الكشف
عن ذمة المحال عليه قاله التونسي والمازري وفيه نظر عندي لانه بعد التدبر
والتامل انما ينتج العكس لو قيل بالعكس لان البياعات لكثرتها لو جعلنا للبائع
الفسخ لادى الى اكثر الخصومات وذلك ابطال لغرض الشارع وليس كذلك في
الحوالة قاله المازري وايضا هو مفرط للياسر به وايضا البائع السلعة تعلق
في ثمنها شيء بخلاف المحال لا نقد له قاله ابن عرفة وايضا البيع لما
كان على المكايسة كان كتمه علم البائع بعدم المشتري قاله ابن عرفة ايضا وايضا
علم المشتري بعدم نفسه يوجب عدم فسخه قلنا فيه نظر والملاء الحميل بعدم المحال
عليه لا يفي لغرره على بيعه قاله ابن عرفة تنبيه قال ابن عبد السلام رحمه
الله تعالى اشبه ما قيل في الفرق ان الحوالة بيع ذمة بذمة وفلس الذمة عيب
فيها يوجب ان يثبت الخيار للمحال بسبب كتمه له على ذلك العيب والعوض في
مسئلة البيع المذكورة انما هو الدين لا الذمة قال وهو ضعيف مع حسنه لانه
لا معنى لكون الذمة هي العوض في الحوالة الا ان الدين تعلق بها وهذا مثله في مسئلة
المدونة فيصح القياس الا ان سلمنا ان فلس الذمة في الحوالة لان العيوب لا يشترط في القيام
بها علم البائع وتدليسه بل يكفي اطلاع على العلم القيام به سواء علم البائع به
ام لا قلت هذا الاعتراض الثاني يشبه الاعتراض ابن عبد واحد من فقهاء الشيوخ
فقالوا فلس المحال عليه بعيب الحوالة اما ان يكون عيبا او لا فالاول يكون للمحال
الرجوع على المحيل سواء علم المحيل بفلس المحال عليه ام لا كسائر العيوب والثاني
كونه لا المغرور فيسهل على المحيل فيه حتى يغر من عرفه بعلمه فيه خديعة فيه
فعليه الدرك في ذلك واجاب القاضي ابو الوليد الباجي رحمه الله بان الغش
في السلعة عيب في نفس العوض وفلس المحال عليه عيب في محل العوض لا في نفسه
واجاب ايضا الحوالة بمنزلة بيع البراءة وبيع البراءة لا يرجع فيه الخ

عل

خ

فلا علم للبايع وأجاب أيضا بأن بيع الرؤية يخفى فيه العيوب الباطنة فلو
علمها الحميل لكانت كغيرها من الباطنة وإنما لم يوجبوا اليمين على من باع سلعته
بثمن إلى أجل عرضة للمشتري وأوجبوه على مشتري الدين في بيع الدين الذي في الذمم
فلا يقع إلا نادرا ولا يتكرر فتكليف اليمين عرضة من علم به البيع لا يوقف
البياعات المتكررة ولا يشق كون المشتري للدين لا يرجع ثم علمه الدين الذي
اشترى سلعة تشق بعشه من أجلها بأنه يوهمه ما اشترى من الدين لم يرجع عليه وإنما
يرجع ثمن الدين للبايع لا ثمن الدين المبيع عليه قاله الإمام أبو عبد الله المازري رحمه
الله وإنما جاز ذلك للمكاتب أن يحيل سيده بما حل من كتابته على من له عليه دين وما
حل من كتابته وكتابته ولا يجوز أن يحيل أجنبيا عليهما وإن حلت لأن الحوالة إنما
أجيزت في الأجنبي إذا أحيل على مثل الدين وما هنا فيه بيع الكتابة إن أحال عليه دين
الحوالة فيه رخصة على غير جنس الدين كما لو كان على رجل دين لأجنبي فأراد أن يحيله
بذلك وعلى مكاتبه فإنه لا يجوز ذلك لأنه فسخ دين في دين والحوالة فيه رخصة لفسخ ما أرخص
فيه منها وسواء يكون الدين الحال عليه من جنس الحال به قاله التونسي رحمه الله
تعالى فتنبيه لا يقال فإنهم يجيزون بيع الكتابة مع إمكان أن يشتري كتابته بعد
تأديتها وكتابته مع رقبته أجيزت هنا فإن أصول الحوالة رخصة لا سيما الدين بالدين حالا
فتغتفر فيها ما خفف وإنما خالف ابن القاسم وأشهب فيما إذا أحال البايع
على المشتري بالثمن ثم رد المبيع واستحق فقال تنفسخ الحوالة ويرجع المشتري على
البايع واتفقا على أن المفلس إذا بيع ربعه وعروضه في ديون غرمائه وأخذ من
ذلك غرماؤه ثم استحق المبيع أن المشتري يرد الأثمان من يد الغرماء الذين اقتسموا ما
لأن الغرماء كأنهم هم الذين باعوا بأنفسهم وقبضوا ثمن ما باعوه فعليهم أن يردوه لو
إذا استحق ما اشتراه المشتري منهم ولا كذلك مسألة الحوالة فإن بينهما أخذ ابن
ثالثة وهي بدل الحمال فيما ذلك حق للحمال على المشتري وواجب في وجه البيع
وإن عهدته على البايع ثمن وقع استحقاق أو رد بعيب وجب له الرجوع على بايعه
كما قالوا إذا وهبت المرأة مهرها ثم طلقت قبل الدخول فإنه لا يلحقها الزوج قاله ابن يونس
وإنما كره مالك بيع الكتابة من أجنبي بشيء إلى أجل ولم يكره الحوالة لأن
الكتابة أمرها اليسير وكما فيه إسقاط عنه الكتابة وأعتاق مالي في هذا الأجنبي

لأن الأجنبي لا حق ويزول بيد ذلك المكاتب أو المشتري فلم يقع بين المشتري وبين
الأجنبي فيما يفعله انفساخ ومع ذلك فمنه ومن عبده فخلاف بيع السيد الكتابة فإنه
وقعت فيه منه ومن أجنبي لا منه ومن عبده فافترقا قاله عبد الحق رحمه الله

فروق كتاب الرهون

وإنما جوّزوا في الرهونة رهن الآبق والشارد والثمار قبل بدو صلاحها ومنع
رهن الجنين لأن الغرر في الجنين أقوى لأنه باعتبار وجوده وعدمه فخلاف الآبق فإنه
فإنه باعتبار وصفه وأيضا الغرر في الجنين غير مقدور وفي غيره مقدور يخف أمره وأيضا
فإن في الرهونية من أن يصير أمرها مالا كان ما في بطنها وما تلد بعد ذلك رهنا
معها وكذلك نتاج الحيوان كله وإذا رهن نخلا لم يدخل في الرهن ما فيها من ثمر
أبر أو لم يؤبر أزهى أو لم يزه ولا ما أثمر بعد ذلك إلا أن يشترط ذلك لأن السنة قد
أحكمت أن غلة الرهن للراهن والجنين ليس بغلة وإنما هو عضو من أعضائها فلذلك وجب
أن يدخل في الرهن كما يدخل في البيع قاله ابن رشد وأيضا الأولاد تبع للأمهات في
الزكاة وليس كذلك الأصواف والألبان وثمر الأشجار فإنها ليست تبعا للأمهات
في الزكاة ولا في صورتها ولا صفتها ولا تقوم معها وليس حكمها في نفسها
حكم الأصل قاله في الاستذكار وإنما قال ابن القاسم فيمن رهن غنما عليها
صوفها فإنه يكون رهنا معها وإذا رهن الحوائط فيها ثمر قد يبس لا يكون رهنا معها
لأن الثمر قد طاب أو كاد وهي غلة أجمعوا على أن لا يتبعها إلا بشرط والصوف لا فائدة في بقائه
فكأن مسكوت عنه دليلا على أن حاله في الرهن فيكون رهنا معها قاله ابن يونس
وإنما قال في من باع سلعة واشترط أنها رهن بحقه إلى أجل ثمنها لا بأس
بذلك في العروض والدور والأرضين ومن باع حيوانا بثمن إلى أجل واشترط أنها
رهن بحقه إلى أجل ثمنها لم يجز لأن العروض مما لا يسرع إليها التغيير ويجوز على ذلك
أنها لو اشتريت على أن لا تقبض إلى شهر جاز والحيوان مما يسرع إليه التغيير فكأنه
باع حيوانا على أن لا يقبض إلا إلى أجل بعيد في مثله فجاز أن يبيع معينا يتأخر قبضه
وعلته الغرر إذ لا يدري كيف يجده عند القبض فمنع لذلك وإنما قال ابن القاسم
فيمن رهن عند رجل رهنا ووكله على بيعه في عقده لا يأمر به فيما لا حكم بقيمته ولا يبقى
مثله كالعنب وبعض الفواكه وسائر الأطعمة التي لا يدخر ولا يجوز فيما له حكم

يجوز

كالربع والعروض لا يبيع فلا بد من حكم عند الحاكم او حضور الراهن والمرتهن واحسم للذريعة
الراهن لما يتوقع من حيفه بان المرتهن نفسه بشرط الاستقصاء على الراهن وبيعه بلا اذن
الا ان [illegible] اسلم للمرتهن واعون لغيبته. تنبيه اذا قيل ما الفرق على هذا بين الوكيل
المرتهن وبين الوكيل غير المرتهن قلنا الوكيل غير المرتهن لا تلحقه تهمة في البيع والمرتهن
يتهم في تعجيل البيع في استيفاء حقه ولا تنال تهمة في نفسه. وانما اتفقوا على
ان من رهن جزءا مشاعا والباقي لغيره وقبض المرتهن ذلك الجزء وحل فيه محل
الراهن ان كان عقارا صح الرهن ثم واختلفوا اذا كان غير عقار حيوانا او عروضا
مما ينقل كالعقار او لا يتم حتى يقبض المرتهن الجميع او يجعل بيد الشريك او بيد غيرهما
لان الرباع لما كان نقلها لا يمكن [illegible] عليه في فوته [illegible] قالوا فالمرهون مع يد
الراهن عن نصيبه ويكون بيد المرتهن تحل محله ولا كذلك ما ينقل ويحاز به فلا تهمة
يمكن فيه ان ينقله من مكان الى مكان ومن هنا [illegible] في [illegible] بطلب في حوزه الا
درجاته ومتى نقله من مكان الى مكان يتبع بيد المرتهن. وانما في الهبة ان الموهوب له
يحل في الجزء الموهوب محل الواهب سواء كان الباقي للواهب او غيره فيتم الحوز في
الرهن ان كان الباقي للراهن [illegible] الرهن الا بان يحوز المرتهن الجميع لان الحيازة في
الرهن اشد منها في الهبة لقوة ملك الراهن دون الواهب الا ترى ان الهبة لو رجعت
الى يد الواهب بعد كمال الحيازة فانها لا تبطل بخلاف الرهن. وانما يبطل الرهن
برجوعه الى يد الراهن وان كان ولا تبطل الهبة والصدقة وان رجعت الى يد الواهب
بعد كمال لان الرهن يراد للحوز فلو على ملك الراهن وانما [illegible] وتبعته للمرتهن بحوزه
حتى عاد الى يده بطل حوز المرتهن لبطلان حوزه وثبت ذلك بحوزه وملكه. واما الصدقة
فبالحوز وانتقال التصرف عنها وصحت ملكا للمتصدق عليه ولا حق للمتصدق فيها
كالاشتراء حتى رجعت الى يد المتصدق بعد صحة حوزه وبعد كمال مدة لا ينتقض على الكمال
الحوز فيها لم يبطل تلك الصدقة لصحة انتقال الملك كما لو رجعت اليه من يد مشتر. قال
ابن يونس. وانما قال ابن القاسم اذا اعار المرتهن الرهن للراهن عارية مطلقة
يستخدم بطلب المرتهن لا حوله في اشتراطها [illegible] فيه لم يشترط [illegible] لا لان
الاجارة موجلة فيكون ليرده [illegible] بخلاف العارية لانه لا اجل لهذا التصرف

من غير غرر وانما يصح في العارية المطلقة ولم يصح في الولد بعينه لان العارية
له ان يتم فيها والولد بعينه كبير له ثمن فيها وانما قال في المدونة وليشترط
للوصي ان يأخذ عروض اليتيم بما اسلفه ومنها الا ان يكون سلف لليتيم مالا من عنده للنفقة
عليه ولا يكون احق بالرهن من الغرماء لانه حائز من نفسه لنفسه وقال في الهبة
والصدقة يجوز لنفسه اذا تصدق بدار على يتيمه لان الوصي في الرهن حاز من نفسه لنفسه
وفي الهبة انما حاز من نفسه لغيره فافترقا وانما جوز مالك للمرتهن اشتراط
منفعة الدور والارضين وكرهه في الحيوان والثياب لان الدور والارضين لا تختلف
منفعتها وفيها رجوعها والثياب والحيوان لا يدرى كيف تكون عند انقضاء الاجارة فصار
الرهن غررا في اصل البيع فلم يجز عنده نقله ابن يونس عن بعض الفقهاء وايضا اجارة
الثياب جائزة ولا تصح في الرهن فيها جائز وتصح فلما اجتمع كرهه قاله الفقيه بيبي
وفيه نظر وانما قال مالك في المدونة من ارتهن امة لها زوج او ابتاعها لم يمنع
زوجها وقال ان ارتهن امة عبده او زوجهما معا فليس للعبد وطؤها في الرهن لان ارتهانه
امة العبد فرهنها اجمالا انتزاع وفي مسئلة الزوج للزوج ملك الاستمتاع بعقد
اجمعا وعقده ولا يملك الراهن الانتزاع والمرتهن قد دخل على ذلك وان كانت قد نكحت فيكون
ذلك عيبا في الرهن قاله الشيخ ابو عمران وانما قال مالك اذا ادعى المرتهن
تلف الرهن وهو مما يغاب عليه لم يقبل قوله ولزمه الغرم واذا ادعى المودع تلف
الوديعة قبل قوله وكلا الموضعين فالدعوى فيما يغاب موجودة لان المرتهن غير امين
فلم يقبل قوله فيما يغاب عليه والمودع مؤتمن فقبل القول فيما يذكره [illegible]
وايضا الرهن اذا كان يغاب عليه جعل في ذمة المرتهن لانه قبضه لحق نفسه فلم
يقبل قوله في تلفه لانه مدع براءة ذمته اذ صار في الاصل مشغولة والوديعة ليست
في ذمة المودع لانه قبضها لمنفعة ربها لا لمنفعة نفسه فكان القول قوله
في تلفها لان الاصل براءة الذمة فلهذا افترقا وانما قال مالك اذا اخذ شقصا
بعبد فهلك العبد ثم قام الشفيع يطلب الشفعة فالقول قول المشتري في قيمة العبد واذا
هلك الرهن الذي يغاب عليه عند المرتهن فاختلف الراهن والمرتهن في صفته فالقول قوله اذا وصفه
وحلف على تلك الصفة ثم يغرم قيمتها وفي كلا الموضعين المشتري فيه لان الشفيع مدع

على المشتري وكان القول قول المشتري في قيمة العبد فللشفيع ان شاء اخذ وان شاء
ترك ولا كذلك الرهن لان القيمة انما تجب عند ثبوت هلاكه لان الاختلاف انما هو في
الصفة فلذا لم يكن بد من وصفه وانما قال ابن المواز اذا كانت قيمة الرهن خمسة
عشر وقال الراهن الدين عشرة وقال المرتهن عشرون للمرتهن ان يحلف على عشرين لان
قيمة الرهن وقال في من ادعى عشرين وله شاهد بخمسة عشر يحلف على خمسة عشر
لان الرهن يتعلق بجميع الدين والشاهد لا يتعلق له بما لم يشهد به الا ترى ان الراهن
لو اقر بالعشرين كان الرهن رهنا بها ولو اقر بخمسة عشر لم يتعلق شهادته
بغير الخمسة عشر ولذلك جاز ان يحلف مع الشاهد على خمسة عشر ومع
الرهن على العشرين وانما كان قبض المخدم والمودع قبضا للموهوب له وان لم
يعلم وليس بقبض للمرتهن لان الرهن اقوى حيازة وانما قال ابن عتاب وابن شبلون
اذا عجز المبتاع على حميل عن احضاره فسخ وان عجز المبتاع على رهن عن ابرازه لم يفسخ
لان البائع في الرهن يقدر على اختبار ذمة المبتاع بالسؤال عنه والكشف ولا
يقدر على علم ما يحمل عنه بذلك *تنبيه* قال ابن محرز الصواب ان ينظر فان كان
يقدر عليهما فسخ فيهما وان رجع انه لا يقدر عليهما لم يفسخ وانما قال في
المدونة واذا باع الراهن الرهن بغير اذن المرتهن لم يجز بيعه وان اجازه المرتهن جاز
وعجل للمرتهن حقه شاء الراهن او ابى وقال او اسلم عبد النصراني من رهنه فتعجيله
وعجلت الحق الذي له فيه من ثمنه لان الراهن هنا تعدى في بيعه الرهن والنصراني
تعدى على اهل الرهن والموجب للبيع فيه الاسلام لانه لو لم يرهنه لبيع عليه قاله
الشيخ ابو الحسن الصغير رحمه الله وانما قال في المدونة من ارتهن عبدا فجنى
جناية خير السيد ان يفديه كان على رهنه وان اسلمه خير المرتهن ايضا وقال في
العبد الموصى بخدمته لرجل ثم برقبته لاخر اذا جنى خير الموصى له بالخدمة اولا
لان الجامع ان كل واحد من المرتهن والمخدوم تعلق حقه بالرقبة تعلق استيفاء وقدم
المخدوم واخر المرتهن لان الاستيفاء في الرهن مخالف للاستيفاء في المخدوم لانه
في الرهن من حيث اللزوم للبيع ان عدم الراهن وفي المخدوم من حيث الحاصل بعينه ومن
وجه نظر الموصى وايضا لو قدم صاحب الرقبة على المخدوم لبطل حق المخدوم

لأن ما أوصى به إنما يؤدى من ثمنه فلو عكس لبطلت الوصية بخلاف الرهن فإنه يصح
من أول الشارح وإنما قال في المدونة من أعيرته سلعة ليرهنها في دراهم
مسماة فرهنها في طعام فهو ضامن لأنه خالف وإن كان هذا مثله وذلك كمن استأجر دابة ليحمل
عليها حنطة فحمل عليها عدسا في مثل كيلها أو كتانا أو قطنا في مثل وزنها لم
يضمن لأن المخالفة بين الدراهم والطعام في الرهن لا تنضبط باختلاف الأسواق
فلم تتحقق المماثلة إذ الطعام للدراهم والمراد بكونها مسماة أي معدودة بخلاف
المماثلة في الأطعمة المقاربة للحنطة كمثل وكيلها عدسا في مثل حالة هي
الحال وهو لا يتغير. تنبيه: تعقب هذا الفرق بأن المماثلة يعرضها حالة النقص
بأن تكون قيمة الطعام مساوية للدراهم واتفاقهما في الحال لا يعتبر فيجب
ينتقض الفرق وكذا المنقوض وإنما قال في المدونة هو رهن ثقة على أنه إن مضت
سنة خرج من الرهن فلا يعرف هذا من رهن الناس ولا يكون هذا رهنا فكأن وهو لك عليه
دين إلى أجل من بيع أو قرض فرهنك رهنا على أنه إن لم يفتكه منك إلى أجل فالرهن
لك بدينك لم يجز ذلك وينتقض هذا الرهن ولا ينتظر الأجل ولك أن تحبس الرهن
حتى تأخذ حقك وأفتى أهون من الفقهاء والجمهور أن الرهن في كلا المسألتين محكوم
له بالفساد ثم حكم في أحديهما بحكم الصحة دون الأخرى لأن الشرط في الأولى هو
مما يقتضي أن الرهن لا يشغل ذمته ومن الاختصاص وفي الثانية الشرط غير مناف
ولا مما يقتضيه الرهن بل هو مؤكد له فيتعود أن يفتكه أو بيعه بالشرط فرق أحدهما
وهو تسليمه فافترقا قاله بعض من أدرك الشيوخ وإنما قال ابن المواز عن مالك
من ارتهن عبدا أو دارا سنة أو أخذ حائطا مساقاة ثم ارتهن شيئا من ذلك قبل فراغ
أجله لا يكون محوزا للرهن لأنه محوز قبل ذلك بوجه آخر لأن الرهن محوز عن صاحبه
وقال في بعض المدونة إذا ارتهنها بعد الأول وحوزه حوز له مع أنه محوز قبل ذلك
بوجه آخر لأن الرهن محوز عن صاحبه والمستأجر والمساقي محوز باسم صاحبه أي
أنه محوز له والرهن عوض عنه قاله محمد بن المواز. تنبيه: قال ابن عبد السلام رحمه
الله وهو من وجهين يظهر حوالة أن تتحول وأنكر ابن يونس رحمه الله لم يرتضه
وقال إنهما سواء وإنما قالوا إذا تراخى قبض الرهن إلى الفلس أو الموت يبطل

وإن كان مجبرا على الأشهر ومن قول ابن القاسم وقال لو أراد أمات الواهب والموهوب
له جاد في الطلب أو في تزكية الشهود أن ذلك حوز عند ابن القاسم لأن الراهن لما
كان لم يخرج عن ملكه وإنما لم يكتف بالجد في الطلب بخلاف الموهوب فإنه خرج
عن ملك واهبه فلذلك افترقا والله أعلم وإنما اختلفوا في نفقة المرتهن
هل تكون في ذمة الراهن وهو المشهور أو تتعلق بعين الرهن واتفقوا فيمن أنفق على
الضالة أن النفقة تكون في عينها وتباع فيه لأن الرهن لما وجد صاحبه للمرتهن
وقد علم أنه له من نفقة كان كالإذن له في نفقته عليه بخلاف الراهن وإن المرتهن
ولو شاء المرتهن لطلبه بنفقته وإن غاب رجع ذلك إلى الإمام ولا كذلك الضالة
إذ لا يقدر المنفق على صاحبها ولا بد من النفقة عليها

فروق كتاب الغصب

وإنما قال ابن القاسم فيمن وهب ثوبا غصبه فأتلفه الموهوب له عينه أن لصاحب
الثوب أن يغرم الغاصب قيمته وإن وجد الغاصب فقيرا كان له أن يرجع بقيمته على
الموهوب له وإذا استحق من يد المشتري طعام أو ثياب وقد أتلفهما فإن المستحق مخير
بين طلب الغاصب أو المشتري مع أن كل واحد من الموهوب له والمشتري قد انتفع لأن المشتري
إذا أتى الطالب بغرامته فلا مرجع له على أحد بعد إتلافه فأتلف مع اعتقاده أن في
غرامة عليه فيه فيلحقه من الرجوع عليه الضرر الشديد فلذلك رويت البداية
بالغاصب لكونه هو المسلط للموهوب له على الإتلاف من المال فكأنه أتلفه هو
قاله المازري رحمه الله وإنما قال في المدونة والموازية والغاصب يكري
الدابة من رجل فعطبت تحته أنه لا يغرم قيمتها وإذا استأجر رجلا يبلغ له كتابا إلى بلد
وهو يظن أنه حر فإذا به عبد وعطب في سفره فإنه يضمنه لأن العبد إذا الحمل بسبب في
الغرامة على عبد لم يعرف ذلك فصارت الإجارة كالجناية سواء والجناية يرجع بها
على الواهب بخلاف عطب الدابة تحت مكتريها من الغاصب فإذا استحقها الغرامة عن
الراكب كان لصاحب الدابة مرجع على آخر وهو الغاصب فلم يلحقه بالكلية قاله
الأشياخ وإنما قال في المدونة في المكتري والمستعير يحبسان الدابة إلا قدر الكثير
تعديا تلزمهما القيمة وإن ردت الدابة سالمة وقال في الغاصب إذا ردها بغير

زمن كثير ومع سلامته انه لا تلزمه غرامة الغلة لان وجود الغاصب ملك الرقبة
لا تملك المنفعة فلم يضمن الغلة بعدما ان ربها منع منفعتها ويضمن المكتري والمستعير
غصب المنفعة ومن جملة المنافع نقلها اذا شاء ربها وقد منعه بحبسها من منفعة
المنفعة ومن تعمد ولو بغير ما منعه من ذلك **تنبيه** جنح ابن القاسم الى الزام
الغاصب الغرامة ولكنه لم يلزم ذلك كراهية في هذا الباب قالت ولو تعدى المكتري
على الدابة في المسافة فان المتعدي تضمينه قيمتها اذا زادت ما سلامة ما اعتبر تلاه
في تعديه في الزمان فان تعدى مسافة كثيرة فمنع ذلك ربها من اسواقها ضمن قيمتها
اذا شاء ربها وان تعدى مسافة يسيرة لم يكن لربها ان يضمنه القيمة اذا ردها سالمة
والعلة في تعدي المسافة اذا اكثر ويعرف كالعلة في بعض الزمن اذا اطال وكذا قال الامام
ابو عبد الله المازري رحمه الله ولو غصب الدابة في امد التعدي فانه يضمن قيمتها
كما اذا مر التعدي او قصر حتى بولغ في ذلك بغير ولو تعدى بها فهلكت وا...
فلان في تعدي المسافة المحدودة او الزمن المحدود اذا وقع الغصب في امد التعدي انه
لا يضمن فكذلك وقال في التعدي في زيادة الحمل المشترط اذا اكترى دابة ليحمل عليها
عشرة اقفزة فحمل عليها احد عشر قفيزا فعطبت فانه يغرم قفيزا ما زاد
فان كان تعطب في مثله ضمن قيمتها وان كان لا تعطب في مثله لم يضمن القيمة لان التعدي
بالزيادة في المسافة او الزمن تعد محض لا شبهة فيه اذ لا اذن في ذلك فلذلك استوى
قليله وكثيره والزيادة في الحمل لم يتمحض فيها التعدي بل امتزج مع الاذن فالدابة
المحمول عليها احد عشر قفيزا قد اذن في تحميلها عشرة ان يكون عليها عشرة وغير ماذون
في حمل ما اذا كان عليها احد عشر قفيزا فوجب لاجل امتزاج التعدي بالاذن ان
تكون الزيادة مهلكة او غير مهلكة واما فلان قالت فيمن بنى على جدار اشتراه من
الغاصب وهو لا يعلم بكونه مغصوبا ان بناءه لا يهدم واذا بنى عليه الغاصب
نفسه فانه يهدم بناءه عليه مع العمد الحكماء في اقوال الناس سواء لان
الغاصب بنى ظلما وعدوانا على غيره والمالك يمتنع من ملكه ومن الغاصب
فقد اسقط حرمة ماله بتمليكه على ما قيل له ان يبني عليه والذي بنى على خشبة
اشتراها غير عالم في بنائه وجاء له حرمة لم يسقطها فلذا نصت عليه بالشرع

بخلاف الغاصب الذي ثبتت حرمة ماله فلا يعوضه الشرع عليه. فرع
لو غصب لوحا فأدخله في سفينة حتى صار في انشائها كجزء من اجزائها فان
الحكم فيه من ذكر خلافه وفاقا لحكم من غصب خشبة فبنى عليها فكما ان
صاحب الخشبة المبني عليها يستحق قلعها فكذلك يستحق صاحب هذا اللوح
قلعه من السفينة ولا كن حكم هذا اللوح يختص بحكم لا يختص بمثله الحجر او الخشبة
المبني عليهما لان هدم الحجر والخشبة المبني عليها لا يتعلق به من انواع التلاف اكثر من
اتلاف بناء الغاصب وبناء الغاصب لا حرمة له ولا كن السفينة قد يؤدي قلع هذا
اللوح منها الى اتلاف ما فيها مثلا ان يخاف ذلك بزوال اللوح وهو على البر او ساحل
البحر فانه يمكن من قلع اللوح وان فسد بذلك الواح السفينة كما تفسد بذلك الحجر وان
فسد ما بني عليه واما ان كانت في لجة البحر واللوح بموضع متى ما قلع غرقت السفينة
وغرق ما فيها من رجال او نساء وكذلك ان كان فيها حيوان محترم فان له حرمة ايضا
تمنع من هلاكه سواء كان للغاصب او غيره من الناس وان كان ما فيها من الوسق مال
عروض او غيرها ولا يخشى من قلع اللوح هلاك ارواح فانه يعتبر هذا المال فان كان
لغير الغاصب فقلع هذا اللوح مثل ما تقدم اعلاه فيمن اشترى حجرا فبنى عليه وهو
لا يعلم بكونه مغصوبا فانه لا يهدم بناؤه لكونه غير متعد في البناء وكذلك المال الذي
في السفينة اذا كان لغير الغاصب فله حرمة من جهة مالكه الذي لم يظلم ولا تعدى في
جملة هذه السفينة فلا يجوز ان يتلف ذلك عليه واما ان كان ما فيها من الوسق مال
الغاصب وهو عروض فان الاكثر من هؤلاء انه يمنع صاحب اللوح من قلعه من هذه السفينة
وان ادى ذلك لهلاك مال الغاصب لان الغاصب لا حرمة لماله الذي منع به مال الغير
وهو الذي ثبتت حرمة ماله فلا يمنع ذلك من تمكين صاحب اللوح من نزعه من هذه
السفينة وان تلف مال الغاصب كما لم يمنع كون الحجر المغصوب يمكن منه صاحبه وان
فسد بناء الغاصب الذي بناه عليه وهذه كلها نبذة [illegible]
النعمان وغيره قاله المازري رحمه الله وانما اختلف المذهب في التضمين بالغرور
ولم يختلف في تضمين الشاهدين اذا شهدا على رجل بمال فقضى عليه القاضي به وسلمه
لطالبه ثم اعترفا بعد الحكم انهما تعمدا الكذب وشهادة الزور لان الغرور بالقول فقط و

على أن لا يقبل قول الغار فصار قول الغار وإن كان متسببا للتلف فإنه غير ملجئ للتالف
وشهادة الشهود ملجئة للقاضي إلى الحكم وشتان بين سبب ملجئ وسبب غير ملجئ فتنبه
لا يقال هذا إنما يكون عذرا في حق غير الحاكم وأما الحاكم فلا لأنه في سعة أن
يقبل شهادة الشاهدين أو لا فإنا نقول إذا أتى القضاء بهما وقد جعل الشرع ذلك
عليه صار الشاهدان هما السبب الملجئ للتلف وإنما قال في أحكام الشعبي
عن يحيى بن عمر أن مالك الخابية إذا باع خابية مكسورة وهو عالم فصب فيها المبتاع
زيتا فهلك لا ضمان ولو أنه أكراها فعليه الضمان لأن المشتري في الكراء المنافع ولم
يحصل بخلاف الشراء فإنه في الزوائد والجناية في أمر خارج عنهما فقضى أنه
أنه غرر بالقول ومذهب المدونة لا يوجب تضمينا فلهذا بعض الحذاق وإنما
قال ابن سحنون عن أبيه فيمن هدد رجلا بالقتل أو بالتلف فهو على أن يأخذ مال رجل
فيدفعه أو يغرقه فيفعل أنه يضمن هذا المال ولو هدده بذلك على أن يأخذ مال رجل
فيحمله إلى الذي هدده بالقتل فإن المأمور لا يضمن ما حمل من ذلك إلى الغاصب وإنما
يطلب بذلك من صار إليه المال في يده كلما وإن اجتمعا أن كل واحد منهما ولي هذا
المال بنفسه فيلزمه غرامه قال وفي بعد من قال غيره في المشاور البرزلي والمعروف والمعروف
قال غيره يباشر التلف فيضمن ولم يجعل من المهدد له إلا من ولد بذلك غير الأمر فصار
كالتسبب الملجئ إلى التلف وإذا اجتمع في الإتلاف مباشر للتلف ومتسبب في التلف
كان المباشر أولى بالتضمين وأما من أمر رجلا بقتل رجل أو بأن يرميه من قلعة بذلك وهو هدده أن
عصاه بارح بالقتل فإذا كان كذلك لم يباشر التلف وإنما يتلف الذي هو في يده وتضمين هذا
الشاهدين بشهادتهما عند القاضي بما يوجب قتل رجل مسلم فلما قتله رجعا عن الشهادة
فإن الحكم فيهما أم لا ومن هذا الأصل اختلافهم في المكره والمكره له على أن يقتل رجلا وكذا
إن هدد رجلا بالقتل إن لم يدفع هذا الرجل المهدد بنفسه فقطع يده مثلا أو
من المكره على ذلك فيقطع يده بذلك أم لا وإنما قالوا فيمن غصب حيوانا فاستعمله
أو عبدا فاستخدمه أو دارا فسكنها لا شيء عليه في استعماله واستخدامه وسكناه
وإذا غصب عبدا فأجره أو دابة أو دارا فأكراهما وأشبه ذلك فعليه رد غلة ذلك
كله لأن الإجارة والكراء عوض عن منافع العبد وكذلك كل الغاصب فيلزمه رده معه

فعليه ما نقص لتعييبه واستعماله واستخدامه فانه لم ياخذ عوضا فيستوي رده
عليه وانما قالوا اذا غصب ثوبا فلبسه فيضمن ما نقصه لبسه واذا غصب
حيوانا فنقصت قيمته بعيب فلا شيء للمغصوب منه لان التغير في الحيوان بسبب
انه لا كسب للغاصب فيه ولا كذلك الثوب فان النقص فيه من سببه ولا كذلك
لو حدث العيب في الحيوان بسبب الغاصب لكان كالثوب فياخذ ما نقص العيب
اذا اختار الشيء المعيب وانما قال مالك من استهلك شيئا مما يكال او يوزن كان
عليه مثله وان استهلك شيئا من العروض كان عليه قيمته لان ما استهلك لا بد فيه
من بدل فاذا كان مما له مثل كان اقرب في المعنى للبدل الواجب لانه اسهل من القيمة
والقيمة تحتاج الى اجتهاد فيما يصل الى القيمة الا ان تعذر المثل الذي هو اسهل
واحوط معنى البدلية والله اعلم وانما قال مالك اذا جنى الغاصب
على الغير المغصوبة جناية منقصة فان ربها مخير بين اخذها واخذ ما نقصتها الجناية
او ياخذ قيمتها واذا قطع يدها آخر من السماء او غير ذلك من غير الغاصب فربها مخير
ان شاء اخذها ناقصة وان شاء لم ياخذها لان الجناية اذا كانت من فعل الغاصب
فقد تعدى وجنى فوجب ان يؤخذ بتعديه كتعدي غير الغاصب واذا كانت من غير فعله
لم يوجد منه تعد والعين المغصوبة قائمة فوجب ان يكون ربها مخيرا كما قال مالك
وانما قالوا اذا غصب دابة فعجفت كان عليه قيمتها واذا غصب عبدا فعجز لا يكون
قيمتها مع ان الجميع عجز في الحيوان لان الدواب انما تراد للقوة لان الغرض منها
الحمل ولا كذلك الرقيق فيه تكم لان الغرض من الرقيق انما العمل والاستخدام والعجز
مستضعف وانما قال مالك اذا غصب خلخالين وكسرهما فليس عليه الا ما نقص
الكسر فقط سواء كانت فضة او ذهبا واذا غصب دنانير او دراهم وكسرها فربها
مخير ان شاء الزمه مثلها وان شاء اخذها كذلك ولا يلزم ما نقص الكسر والجميع
ذهب وفضة وكسر على وجه التعدي لان الحلي يقتنى لاجل صنعته فاذا اختلفت
تلك الصنعة وجب عليه رد قيمتها لبطلان ما اريد من غرضه كما لو قطع عليه كسبا
وليس كذلك الدنانير والدراهم لانه لا يقصد لصنعتها وانما تقصد لاعيانها فلذا
اذا لحقت عليه الغير وجب ان يكون على الجاني مثلها وانما قيل فيمن غصب دارا او

ازمنا بسكن الدار وزرع الارض ان عليه اجرها انتفع به او لا واذا غصب دابة او
او عبدا فلا يستعملهما فلا شيء عليه لان الحيوان لا يبقى على حالة واحدة لسرعة
التغير اليه فجعل فيه الخراج بالضمان والدور والارض لا تكاد تتغير مع القرب
فلم يكن فيهما الخراج بالضمان لان الغالب سقوط الضمان فيهما وانما انفرد ابن
القاسم واشهب على عقوبة من ادعى الحق قبل انه غصبه او سرقه لا لانسان
كما اتفقا على انه لا يستحلف واختلفا اذا ادعى المدعى عليه انه غصبه
او سرقه له اعني قال المدعي فقال ابن القاسم لا يحد لكون الدعوى لا تشبه
ويعاقب لكونه ادعى البينة وعاب فتح من قدره وقال اشهب يحد المدعى
عليه الغصب على كل حال لا رفع الاذى واللا تشفي وانما يتصور عند اشهب فيمن
ادعى الحق قبل انه سرقه لا لانسان او لا فيتبعه له في شرف الدعوى ويعلم بذلك
انه قصد به التشفي والاذى ولا كذلك لنفسه اذ به ضرورة ومن الحكم ان يكون قال
سعد وعنده الضرورة الى ذكر هذا اللاتشفي الا من ان الله سبحانه اوجب على والد
المحصنات المومنات الحد به ولم يوجب ذلك على الزوج اذا ادعى ان المرأة انما
زنت لينتفي الولد عنه لاجل حاجته وضرورته الى ذكر هذا واكتفى في نفي الحد عنه
بيمينه لا ربع مرات على تصديق دعواه وقد مر هذا المعنى في ترجمة من قذف اللعان
والله سبحانه المستعان وانما قالوا فيمن اشترى من الغاصب فلا يعلم بغصبه
ثم يفوت بيده بامر لا صنع للمشتري فيه لا شيء له على المشتري بقيمته ولا قيمة لكونه
يعتقد اباحته فلا فعل من الشراء ولا يكون ايضا شيء الا على الغاصب الذي باعه
بالثمن الذي دفع اليه ولو كان العبد الذي فات في يده اذ كشف انه كان حرا فلا عمد
فيه زيادة فانه يرجع المشتري بالثمن على البائع منه وكل منهما يظن انه باع
فلا يحلف لان بائع الحر اخذ ثمنا عما لا يجوز ان يكون متمولا بالاخرة لا كذلك اذا
انكشف كون العبد المرهون مملوكا لغيره من يأتيه عنه لان الذي باع قد حصل له ولم
يتضمن عنه البيع فيه فاخذ عين العبد من يده ولا غرامة لقيمته فاشبه موت العبد
في يده ولم يأت مستحق يستحقه فتنبه لو انكشف ان العبد ليس بصريح في الحرية
وبلا صريح في الملك والرق بل فيه عقد حرية مثل المعتق الى اجل وام الولد والمدبر

ادعى

والمكاتب

والمكاتب فان الحكم يفترق في هؤلاء الاربعة من كان منهم لا يترقب عوده الى الرق
على حال بل قطع انه سيسري به العتق الذي هو الحرية ان لم يمت قبل الاجل كام الولد
والمعتق الى اجل فان ذلك يلحق بالعيب القريب فيرجع المشتري على من باع منه بما وضع
اليه من الثمن في موت ام الولد والمعتق الى اجل وشبهه في بيعه ولا يرجع بالثمن في المدبر
ولا المكاتب لكونهما مترقب رقهما فان عجز المكاتب فيصير رقيقا بنفس عجزه وكون
المدبر قد يكون يسيرا فيباع في دين عليه وانما قالوا اذا اراد صاحب السلعة المغصوبة
ان يلزم الغاصب قيمتها وهي لم تتغير في بدن ولم تتغير في سوق ولا بدن لا يمكن من ذلك اتفاقا
لقدرته على استرجاع سلعته المغصوبة بعينها من غير ضرر يلحقه في ذلك واذا اراد
صاحب العبد المغصوب ان يضمن الغاصب القيمة اذا اعتقه ليبطل عتقه فيه فانه يمكن
من ذلك وان لم يتغير العبد في حكاية ابن شعبان عن المذهب خلافا للجماعة لان العتق
له حرمة توجب خروجه من ملك المالك بغير اختياره كعتق احد الشريكين نصيبه وما ذاك
الا لحرمة العتق ولا كذلك العتق فتميزهما لا يقال بيع الغاصب العبد مع علمه ان العبد
لا يصح الا فيما يملكه البائع دليل وعلم على التزامه القيمة ان شاء ربه المغصوب منه كما ان
عتقه العبد علم على التزامه القيمة ان شاء ربه المغصوب منه على ما في حكاية ابن شعبان
لوضوح الفارق المذكور وهو فوت التشوف الى الحرية ولا كذلك غيرهما والله اعلم وانما
لا يضمن المتعدي جملة الشيء بتعديه على اطراف عيبه يسير فيه اتفاقا ويضمن الغاصب
جملة الشيء بعينه في المذهب المعروف لان الغاصب بنفس الغصب والاستيلاء على
الرقبة ضمن جملة قيمتها اذا هلكت فاذا اكرا على ابل ضمان رقابها بجملتها ووجبت قيمة
جملتها في العيب اليسير كالكثير ولا كذلك المتعدي فانه لم يجب عليه ضمان جملتها باطراف
عيب يسير تعدى في اطرافه فلما لم يكن هذا العيب الذي احدثه المشتري ومشترا الى الاجل
ضمان فيه حكم حتى يفرق فيه بين القليل والكثير فتميزهما وهذا الفرق لا يبتكر فيه
لان الضمان اذا ثبت في الغصب اذا وقع التلف والتلف مترقب فاذا وجد ما يترقب منه
كشف الغيب انه كان ضامنا في الاصل فالضمان في الغاصب لا يتقرر بمجرد الغصب بل حتى
يقع من ذلك العبد او يتغير في بدنه والله اعلم وانما قال مالك اذا غصب دارا
او دابة فاغتل ذلك لا يلزمه رد الغلة واذا غصب غنما فجز صوفها وحلب البانها

لزمه رد ذلك مع الرقاب ان كان موجودا او قيمته ان كان معدوما وفي كلا الموضعين
هو غاصب لان الغلة غير منفصلة عن الشيء المغصوب والتمر والصوف متصل بالشيء
المغصوب استولى عليه وكان في يده فكانت كلها غصبا معه فيلزم ردها مع المغصوب
والعبيد والدابة ليست الغلة فيها بعينها غصبا ولا مستولى عليها فالذي عند اللخمي وايضا
غلة العبيد والدابة متكونة بسبب الغاصب وفعله والالبان والاصواف ليس فيها
فعل الغاصب نامية بنفسها فالذي عند اللخمي وابن يونس وايضا حركة الغاصب ليست
متميزة في الدابة والعبيد والصوف واللبن متميز فاشبه الولد فوجب ان يكون
حكمه قال الشيخ ابو عمران رحمه الله وايضا فان الغلة نماء من غير العين المغصوب
والصوف واللبن نماء من نفس العين المغصوب وهذا راجع الى الاول وانما قال ابن
القاسم اذا غصب ثوبا وعاره فلبسه الموهوب له والمستعير ثم استحقه ربه فانه
يرجع على المستعير والموهوب له بما نقص اللبس عند عدم الغاصب لم يكن له الرجوع
على الغاصب بشيء من ذلك واذا اجره الغاصب فاستحقه ربه واخذ من المستاجر ما
نقصه اللبس رجع المكتري على الغاصب بالاجرة التي دفع كلها والجميع لبسه عن اذن الغاصب
وتسليط لان الموهوب له والمستعير لم يبذلا عوضا عن ذلك وانما دخلا على انه لا شيء
عليهما فلم يكن لهما الرجوع على الغاصب بشيء فاما بعد ان المشتري والمستاجر بذل
عوضا ليعتاض في مقابلته منفعة فاذا لم يصل الى تلك المنفعة كان له اخذ ما بذله من
العوض لان الغاصب انما اخذ منه العوض ليعوضه بذله منفعة فاذا استحق ربه قيمة المنفعة
فلم يحصل الغاصب ما اخذ العوض عنه فكان عليه رد ما اخذ وانما قالوا اذا اغتصب
رجل امرأة في مرضه فوطئها ان عليه مهر مثلها من راس ماله وان تزوج امرأة في مرضه
فوطئها كان مهر مثلها في ثلثه لان الزوجة دخلت على انه محجور عليه اخراج ماله
فيما زاد على ثلثه فكانها اختارت ذلك ولا كذلك المغصوبة فانها لم تدخل على ذلك
لانها غير راضية بذلك وانما ذلك جناية عليها فعوض حكمها على غيرها والله اعلم
وانما يرد الغاصب غلة ما اكراه واغتله ولا يرد غلة ما انتفع به بنفسه لان ما
اكراه قد عوض منها مع تلك العين فكان كالعين القائمة فيلزمه ردها ولا كذلك ما شغله
بنفسه واستعمله واستهلكه لنفسه فانه لم ياخذ عنه عوضا يستحق رده عليه

كذا بالاصل وهو ابن زيدان اذا غصب ثوبا من هبة او عارية فلبسه الموهوب له او المستعير.

وايضا

وأيضا لو أتى ذلك في استعماله لكونه غرم القيمة ولم يأخذ شيئا يغرم عنه وإذا
أكراه ثم تلف أعناه الكراء الذي يغرمه وإنما قال في المدونة إذا استعمل الغاصب
الدابة حتى أعجفها أو دبرها فتغيرت في بدنها أن ربها مخير فيضمنها يوم غصبها
ولا أخذها ولا كراء له ولا له أخذها نقصها العجف والدبر ولو قطع لها عضوا كذا
واختار ربها أخذها كان له ذلك ويغرمه ما نقصه القطع وفي كلا الوجهين هو نقص
كان على الشيء في المغصوب بسبب الغاصب لأن العجف ليس بأمر ثابت لا يزول وقطع العضو
أمر ثابت قائم لا يعود إلى ما كان عليه كزوال العجف قاله ابن يونس وأيضا مستعمل
الدابة لم يقصد إلى إعجافها وإنما نشأ ذلك من غير قصد منه وأما في قطع العضو فهو
قاصد إلى ذلك قاله بعضهم تنبيه هذا الفرق غير كاف لأنه يستحق فيما إذا قطع
عضوها خطأ وإنما قال في المدونة في المكتري والمستعير يتعديان المسافة تعديا
بعيدا أو يحبسانها أياما كثيرة ولم يركباها ثم يردانها بحالها أن ربها مخير في أخذ قيمتها يوم
التعدي أو في أخذها مع كراء حبسه أياما بعد المسافة وقال في الغاصب أن ردها
بحالها فلا قيمة عليه ولا كراء لأن المكتري والمستعير أخذا على غير الضمان فيما لا يغاب
عليه فكان عليهما الكراء في التعدي والغاصب والسارق أخذا على الضمان ولم يلزمهما
كراء قاله أبو عمران وأيضا المستعير والمكتري إنما تعديا على المنافع لا على الرقاب
فغرما كراء ما تعديا عليه من تلك المنافع والغاصب إنما قصد غصب الرقاب وقد
كانت في ضمانه وما يصل شيء من الغلة فوجب أن تكون له غلتها لأنها متولدة من فعله
وهما في ضمانه قاله بعض أصحاب عبد الحق تنبيه تعقب ابن يونس رحمه الله هذا الفرق
ونقضه بغصب الرباع والعقار فإن ابن القاسم يقول عليه رد ما أكراها به وهو هنا
قد غصب الرقاب وإنما قالوا فيمن أتلف من شجرة رجل قلعها متعديا يغرم قيمته في أرضه لربه
قلعه من ثابته ولا يقلعه بعد كون الزمان وله عليه قيمته عودا يوم قلعه إلا أن يفي
ذلك بالشجرة فيكون عليه مع ذلك قيمة ما نقص من الشجرة وقالوا فيمن قطع أصبع عبد
رجل أن عليه ما نقصه لا غير ذلك لأن الأصبع لا منفعة فيه بعد القطع ولا كذلك المقلوع
فإنه ينتفع به عودا قاله الشيخ أبو الحسن الصغير وتوقف ابن يونس عن الفرق بينهم
فلم يجب وإنما قالوا فيمن تعدى على دابة رجل فأفسدها فسادا يسيرا أنه لا قيمة ما

اه

ليس له

نقصهما وليس عليه اجر المداواة واذا تعدى على ثوبه فافسده فسادا يسيرا ليس
له اخذه وقيمته فانما تقدمه للذي يعود جرحه للدال بنفقه على المداواة غير معلوم ولا يعلم
مع ذلك هل يرجع الى ما كانت عليه ام لا وان رجع الى حالة فمعلوم ما ينفق عليهما
ويرجعان لما كانا قاله ابن يونس وانما قالوا فيمن جعل جرة على باب دار رجل
ففتح رب الدار الباب فانكسرت الجرة انه يضمن وقالوا فيمن بنى تنورا في داره يخبز
فيه فاحترق بيوت الجيران او الدار لا ضمان عليه وكل منهما فعل ما يجوز له من الفتح للباب
والغير لا في الدار كان فتحه للباب وهنا بنيه في حوز واحد فهو مباشر وفي مسئلة الشو
او ايل فعله بل فعله جائز ولا جناية فيهما وانما نشأ ان بعد ذلك وفاتح الباب
كانت جناية واقعة مع فعله فافترقا قاله ابن زيد في اجوبته نقله عنه
الغلابي في تعليقه تنبيه لا يقال في قول ابن رشد رحمه الله في اجوبته لا اعرف
في مسئلة من اسند جرة الى باب دار رجل ففتح بابه فانكسرت نصا ويجري فيها
على قولين قول ابن القاسم وغيره والصحيح الذي كنت افتي به قول ابن القاسم فهو لقول ابن
سهل في احكامه وروي عن مالك في رجل وضع جرة زيت حذاء باب رجل ففتح الرجل
بابه ولا علم عنده بالجرة فانكسرت فضمنه مالك من قوله صلى الله عليه وسلم انه
نقض الاقوال في الضمان والعكس لانا نقول الموضع الذي يعرف ابن رشد فيه نصا
اذا اسند جرة لنفس الباب وموضوع ابن سهل اذا وضع حذاءه وان لم يسندها كما هو
فرضني عن ابن رشد فلا تنافي بينهما فانه سئل عن الذي يجعل جرة على باب رجل
فاجاب بما تقدم المذكور واما فتوى المغيرين على المدونة في احكام ابن سهل فولين
ابن القاسم وغيره فهو لا شك فيه ولا يلتفت اليه اذ لم يذكر مسئلة فيها قولين ابن القاسم
فقط حسبما تقدم من نصه فانظره في ترجمة من احدث قرنا قرب جدار احد كذا فيه لا يقال
يتخرج على موت الصبي من رواية المحرم لانه جوزت له وبه يعبر الشارح من فتح الباب
المغلوق بيمينه فلا يضمن وبين فتحه المغلوق بغير يمينه فلا يضمن وانما قال في الجلاب
اذا اصطدم مركبان في جريهما فانكسر احدهما فلا ضمان على الاخر فخلاف الفرسين
المصطدمين لان المركب اذا غلبت الريح لا قدرة له على امساكه والفارس يقدر على
امساك فرسه فلما كان كل واحد منهما قادرا على امساك فرسه فلم يفعل فكل واحد

مهمة

فمنهما

ومنها ايضا من رمى فأصاب فرسه بأن رمى ما تراجع الرجال والخيل فقيمة كل فرس
في مال من صدمه ودية كل واحد على عاقلة صاحبه وانما قال ابن ابي زيد اذا طرح
من مركب متاعه من لم يؤد له شيء فأخذه جاز وان خرج من البحر ليغرق الملح وقبل ذلك
ولو غرم المتعدي او الغاصب قيمة الدابة ثم وجدت فلكها الغارم على المشهور
ولا ترد القيمة الا ان تتلف الدابة فيما تعدى وجب تضمينها في المدونة والرمي في
البحر ليس بعداء انما هو شيء توجبه الضرورة فاذا زالت رجع البيع فلا عمه
تضمينه ومن الخلاف في الدابة ففيها اذا لم يدلس الغاصب او المتعدي
باخفائها وانكار ولم يدلس باخفائها فقال في المدونة لربها اخذها وان لم يدلس وكتم
اعظم من القيمة التي قومت عليها فلربها الرجوع بتمام القيمة وقال اشهب قال
في مجلس ما اخفاها وقال غيره ان له اخذها وغرم الاجرة لو كتمت مثل
الصفة لم يأخذها واجرى بعض الشيوخ القولين على القول بجواز التعقيب بنقض الصفة
بناء على ان نقض الصفة التي ثبتت للموهوب يستلزم القول بنقضه وانما قال في
الموازية من دفع عبده لرجل وقال له قيده فتركه لم يقيده ضمنه ولو قال اجعل هذا
الكامل في القيد واغلق عليه فتركه بابه مفتوحا نسيانا فأبق لم يضمن لان العبد وضع
له على ان يقيده والكبير لم يقيده له انما قال اغلق عليه وانما قال في الموازية
لو قال له صب هذا الزيت في جرة انما هي اركانه صحيحة فصبه في مكسورة
ناسيا ضمن ولو قال اجعل هذا الكامل في القيد واغلق عليه فتركه بابه مفتوحا
ناسيا لم يضمن وفي كلا الصورتين خلاف الامر نسيانا لان الاول الصب في الجرة مكسورة
صحيحة وانما قال ابن القاسم في العتبية من سرق ركاب دابة واقفة بباب المسجد
عليها صبي فقطع الركاب ضمنه لان الركاب في الدابة ليس محرزا وقال عيسى
المدونة في السارق يترك الباب مفتوحا وانكر الدار فيها فيلج او غنم فيلج لا يضمن
ذهبا بعد ذلك فجعل الصبي بنوعه كالعدم دون انكار الدار لان الحرير له شبهة
فلذلك جعل الصبي بنوعه كالعدم قاله ابن رشد وانما قال اشهب فيمن اسلم
في جلكية فجرح ابا فقال فيلزمه يقبضه وانتظار اليد ولا يجوز ان يؤخره وقال ابن
المثلي في الغصب المغصوب منه كلف القيمة الا وله الصبر الى ان يوجد مع انه

بصبغ دبرغ دبر علوا جلده لان المغصوب منه كلم بتغريم غاصبه فلو صبغ على التاخير
عظم ضرره والمسلم لم يتغرم كلمه فعال بل هو كالمختار في تراضيه بطلبه وايضا
النسبة على فسخ الدين تعود في البيع لانه واقع اختيارا بخلاف الغصب فلذلك
ضعفت جهة النسبة قاله في التوضيح وانما قال محمد فيمن اشترى من غاصب حليا
او دارا ولم يعلم بغصبه حتى كسر الحلي او هدم الدار لم اضمنهما رجلا من يده
فلانه لا شيء على المبتاع والمستحق مخير ان ياخذ الدار مهدومة او الحلي مكسورا
او يضمن البيع ويأخذ الثمن من البائع واذا ذبح الشاة وكسر العصا وشق الثوب
فالمستحق ان ياخذ الشاة مذبوحة ويأخذ ما نقص الذبح او القطع او يضمن البيع
ويأخذ الثمن او ياخذ من المشتري جميع قيمتها ما لم تكن اكثر من الثمن لان الحلي والدار
تكرا عادة بهما ولا يكره ذلك في الثوب وغيره ولا ينقضا الذي اشترى الدار لم يهدمها
على وجه الاستهلاك لهما انما هدمها ليبني بهما كما كانت او خيرا فلم يكن عليه لهدمها
شيء والذي ذبح الشاة المشتراة وقطع الثوب انما ذبحها وقطعه على وجه
الاستهلاك لهما ولا يقدر يردهما البتة ان يعيدهما كما كانا فلذلك وجب عليهما ما نقص
الذبح او القطع وما جرى مجراهما فاعلمه قاله محمد بن عمر العطار انما فرق رحمه الله تنبيه
لما نقل ابن يونس رحمه الله هذه المسايل ذكر النقرا لم اجد خلافه ولو قال قائل
ان المشتري في الذبح وكسر الحلي وكون الدابة وبيت العبد سواء لم اعبه ولكان رفقا بهما
لانه مال يصير ابدا للغير والهدم والحمل في اموال الناس سواء ومنع الدار اشد من
الذبح لان الدار لا تعاد كما كانت عليه الا بمال فيمتهما سمينة او الثوب فمن يشتري بثمن
الشاة مذبوحة فتلهما خبيث وقوله من غير تعود ومنه لا تعود ضعيف وقوله فوق الشيخ
في كسر الحلي ونحوه ضعيف وانما قال محمد في المدونة المغصوب ثمنه اخذ شما
صاحبه المغصوب منه بلا غرم اجرة الخياطة وقال في الصبغ يخير ربه في قيمته واخذه
بغرم قيمة الصبغ ونحوه في المشار يبصبغ الثوب لان الصبغ فيه ادخال سلعة في
المغصوب فاشبه البناء والخياطة مجرد عمل فاشبه الترويق قاله ابن عرفة رحمه الله
وانما قال في المشتري من الغاصب يرجع بقلع ما يقلع عليه يجعله ثم يغرم قيمته
واضر بيوم [illegible] عشرة وفي الغاصب وامر [illegible] بغمار القيمة

المشتري

قال أشهب [illegible]

الغاصب

يوم

بيوم الغصب لأن الضامن والمشتري قبضه على الضمان ولما قبضه الغاصب انما على انه
قبضه ليستهلكه فاشبه المتعدي بخلاف المشتري فانه انما قبضه على انه ملكه
فلم يتهم وانما قال ابن القاسم اذا قتل الغاصب الشيء المغصوب لا يلزمه الا
القيمة يوم الغصب واذا جنى عليه جناية دون التلف يخير المغصوب منه بين ان
ياخذه بقيمته يوم الغصب او ياخذه بالتعدي فياخذ مع عينه وارش الجناية لان
القتل اتلاف لجميع الذات وذلك موجب للتضمين فيضمن قيمة المغصوب يوم وضع يده
عليه واما قطع اليد ونحوه فان عين المغصوب باقية واذا بقيت عينه فقد يكون
لربه غرض في عين شيئه وانما قال اشهب فيمن فتح بابا على دواب فسرحت فهربت
يضمن وقال في السارق يدع الباب مفتوحا وامثل الديار فيها متاع او غنم فيذهب
من الدار بعد ذلك شيء انه لا ضمان على السارق وكلاهما قد فعل سببا في التلف
والضياع لان النزع فتح الباب على الدواب لو لم فتحه لزم ذهاب الدواب بغير
غرض لامر بخلاف مسئلة السارق فانا اذا لم تدع السارق الا ولم نر منا السارق النائم
ونعريه اولى فيما سرقه فالديه في التوهيم وانما كان ما افسدته الماشية نهارا
الغادية من الحوائط والزرع بالليل على اربابها وان جاوز قيمتها وجناية العبد
في رقبتها على اربابها الا ان يشاؤوا لان الماشية لا تعقل وكان اربابها هم المفسدون
والمتلفون حقيقة اذ لم يمسكوها والعبد يعقلون فهم المفسدون والمتلفون
حقيقة فكان ذلك في رقابهم لا في ذمة مالكها انتهاء ضمان جناية العبد لان العبد
يفعل باعتبار تفكره والتبس وقولهم جرو لا يقابله العبد وهو قد جنى ولا تزر وازرة
وزر اخرى لكن جاءت به السنة فوجب التسليم

فروق كتاب الاستحقاق

وانما قالوا فيمن ابتاع امة فوطئها او افتضها ثم استحقت من يده انه لا يكون
عليه شيء مما نقصها الافتضاض واذا ابتاع ثوبا فلبسه ثم استحق من يده فانه
يرد معه ما نقصه لبسه وفي كلا الموضعين قد انتفع المشتري لان لبس الثوب
ينقص عينه او جزءا من اجزائه وليس الافتضاض مثل ذلك اذ عين الامة باق والله
اعلم وانما اوجبوا على مبتاع الامة اذا اطلع فيها بعيب وهو قد افتضها ان

يرد منها ويرد معها ما نقصها الا انتفاع ولم يرجعوا على من ابتاعها منها وابتاعها
ثم استحقت من يده شيئا مع انه ابتاعها في الوجهين جميعا ولا علم واحد منهما ان الذي
كان فيها عيبا ثم يختار رده منها او لو شاء امسكها فلما اختار رده منها حكم عليه
برد ما نقص ابتياعه منه لما وقع الاستحقاق وتؤخذ منه بالجبر فصار بمنزلة ذا الذي
لم تخرج من يده عن مراده فلذلك ابتدا الحكم والله اعلم وانما قالوا فيمن
ابتاع امة فاولدها ثم استحقت وذهب المستحق لنا الرأي ياخذ قيمتها وقيمة
ولدها كان له ذلك وحكم على المبتاع لها بذلك ورجع بالثمن على بائعها منه
وقالوا فيمن قدم زوجته من الغرور انه لا يرجع عليها بما قدم لها به لانه قدم ما
له فيه منفعة ومنها ايضا مثله انما قدم ماله فيها من المنافع لان المبتاع للامة
قد يجبر على دفع القيمة ودافع المهر في زوجته متطوع فلذلك افترقا
وايضا فمبتاع الامة انما دفع الثمن فيها على انه ملك له فلما استحق ذلك
الملك رجع بالثمن الذي دفع والذي قدم زوجته انما قدم المنافع التي له فيها
فلا يفترقا وانما قال ابن القاسم فيمن استحق ارضا من اكراها للحرث سنين للمشتري
ان يفسخ او يمضي فان امضى فالكراء للمشتري من يومئذ وقد يعني فللمستحق وقد
يكون له الكراء على عدد السنين بل على حسب ما يقدر امثال الحرث وهو محمول يصار
جمع سلعتين لرجلين ومذهب ابن القاسم منعه الا ان يعرفوا ويدخلا على ذلك وقد
العقد في جمع الرجلين سلعتيهما في البيع واقع في امثال العقدة فلذلك مسألة الاستحقاق
فانه كان بعد عقدهما تنبيه قال بعض الشيوخ هذا العقد ان كان كما هنا الذي
انه قد يقال لا نسلم ان العقد للكراء مقتضي عند ابن القاسم وقد منع من المسمى يلاقي
الصفقة اذا استحق جلها للجهالة والله اعلم وانما قال المختصر اذا استحقت
الامة بحرية بعد ان الوكر لها الخدمة كاملا وان استحقت بدون شيء ليسير منها او كلية
وفي كلا المسألتين قد حمل الوكر وقبل الاستحقاق ولا الوكر في احرامي انتقلت بغير علم كذلك ولا
ضمان فيها بخلاف المستحقة بملك فان الوكر فيه مجرى المحمول تنبيه تكميل
هذه المسألة اعني اذا استحقت الامة بحرية فلا اذا استحق الامر فيجب لا نه قد
ضمان فيه كما تقدم وقيل عليه للمشتري فيه لانه ضامن للثمن الذي دفع عند عدم البائع وهي

لانها

بمنزلة



رواية عيسى عن ابن القاسم في العتبية وقيل يرجع بالغلة لأن قال اشتراك لو تلف رجع
بالثمن وهو كذا من مذهب ابن القاسم في المدونة لأنه جعل الغلة بالضمان قال ابن
رشد ويأتي للأول جرى العمل عندنا وإنما قالوا إذا استحقت الأرض بيد من وقد
بنى فيها المشتري من يده أو غرس فللمستحق دفع قيمته قائما وليس للباني حمل
انقاضه وإذا استحقت بحبس فليس للباني إلا حمل انقاضه لأن البقعة إذا استحقت
بحبس فليس ثم من يعطيه قيمة البناء أو الغرس قائما وليس للمستحق من يده أن يعطي
قيمة البقعة براحا لأنه بيع للحبس قاله الشيخ أبو محمد صالح وإنما قال ابن
القاسم في الذي يكري ويحابي ثم يكري الخ أنه يبتدأ بالرجوع على أخيه بالمحاباة وقال
فيمن اكترى دارا من رجل بعشرة ثم أكرى ووهب له قيمة الهدم ثم استحقها ربها أن
للمستحق كراء المحاباة دون الواهب وكذلك من اشترى عبدا بعشرة من رجل يملك بيده
فوهبا له قيمته ثم استحقه ربه فإنما يتبع ربه السارق فإنه دون هذا الواهب
لأن الأخ في المحاباة وقع حقا كان بيده للمستحق هذا المكتري أن يبدأ بالرجوع
على مثله بشيئه لأن العمرى انحلا في أقوال الناس سواء وفي نزلة القيمة للهادم
والسارق ولم يبق له شيئا كان بيده إنما كان أنه وجب له شيء فقبل هذا المعروف الذي
أخذه منه بل كان ذلك إذا بيد المشتري بمنزلة أنه من يده بما أتلفه من يده بخلاف
ما ترك أخوه له بهذا معتبر قاله ابن يونس وأيضا المكتري لم يجب عليه شيء
فأشغله عنه الأخ لأنه إنما اكترى على ذلك المسمى الذي فيه المحاباة وفيه رضي
وفي المستلبين الأجنبي فقد وجب على الهادم والسارق شيء وتعلق به منه فأشغله
عنه من ليس ذلك له فلا يتم ما ترك له واشغله له بما وجب قاله عبد الحق تنبيه
هذا العبد وإنما مشى على ظاهر المدونة عند من الكلفة كعبد الحق وابن يونس
وعياض وغيرهم من المشايخ في محاباة الأخ وأما على تفسيرها فإذا علم أوله أخذ
ومنقولا بل الشيخ أبي محمد فلا يتم بل الثلاث من باب واحد فلا معارضة ولا منافية
وإنما قالوا إذا اشترى دارا بعشرة ثم استحقت أنه لا شيء عليه مما نقص
الهدم وإذا اشترى ثوبا فلبسه فنقصه اللبس أن لربه أخذه بعينه مع نقصه
اللبس لأن الهدم لا منفعة فيه للهادم بخلاف اللبس فإنه قد انتفع به قاله عبد

له

ع يكون للمستحق [illegible]

الجمع

فروق كتاب الشفعة والقسمة

وإنما وجبت الشفعة في الثمار على مذهب ابن القاسم في المدونة ولم تجب في الكراء والسكنى مع أن الجميع غلة لما ذكره الشفعة لأن الثمار لما تقرر لها وجود في الأعيان ونموا في الأبدان من الأشجار صارت كالجزء منها فأعطيت حكم الأصل ولا كذلك السكنى قاله ابن العربي

وإنما قال في المدونة وغيرها في الشقص إذا بيع مرارا الخيار للشفيع وإذا بيع بيعا فاسدا ثم صحيحا أن الشفعة لا تكون إلا بالثمن ولا خيار له في الثمن أو القيمة مع أنه قد تقرر أن البيع الصحيح بعد الفاسد والقيمة بمنزلة الثمن فصار بمنزلة عقدين فهلا جرى الشفعة فيلزم خيار الشفيع في الأخذ بالقيمة التي يؤديها المشتري لأنها بمنزلة الثمن أو الثمن في البيع الصحيح واللازم باطل لأنهم لم يجيزوا له إلا الأخذ بالثمن في البيع الصحيح لأن ثبوت التخيير هنا يؤدي إلى نفي التخيير ويلزم منه رفع أسباب الشفعة لأنه إذا اختار الأخذ بالقيمة رفع البيع الصحيح بعد إذ كلما ارتفع هذا البيع الفاسد لأنه فات لم يفت وكلما ارتفع البيع الفاسد ارتفعت قيمته فارتفعت الشفعة والفرض ثبوتها وقد أشار في المدونة إلى هذه النكتة إشارة لطيفة قاله بعض حذاق الأشياخ

تنبيه قد تقرر في المعقولات أن كل ما أدى إثباته إلى نفيه فنفيه أولى وقد جعلت فيه جزءا بانت هذا النمط وفروع الفقه عليه في آخر كتابي المسمى بإيضاح المسالك إلى قواعد الإمام أبي عبد الله مالك ما يشفع به الماهر في تلك المدارك ومن هنا عيناه للوقوف عليها فليلتمس فيه والتوفيق بالله

وإنما قالوا فيمن اشترى أرضا ثم كمله بالثنيا إلى أجل فبنى قبل الأجل له قيمة البناء منقوضا وقالوا فيمن اشترى شقصا فشفع من بيده بعد أن بناه أن له قيمة البناء قائما لأن المتطوع بالثنيا متعد لأجل الشرط الذي شرطه للبائع إذ ليس له أن يفوته كبيعا والمشتري والبائع والحيازة لهما بخلاف مسألة الشفعة لأن المعنى فيها أن الشفيع غائب فقاسم الشريك شركاءه وقاسم السلطان عن الشفيع الغائب وهو لا يعلم فيبقى على حقه في الشفعة ولم يتعد المشتري في البناء لأنه إنما بنى في حقه وكذا أن فشمل الشك على الغائب بقطع شفعته

تنبيه المسائل التي يعذر فيها في قيمة البناء مقلوعا الثنيا والغصب والعارية والكراء ومن بنى في الأرض زوجته والمورثة والشركاء وسواء بنى بأمرها أو بغير أمرها في الجميع عند ابن القاسم

أي الثاني الذي وقع في البيع الصحيح

[illegible] البيع الصحيح [illegible] البيع الفاسد [illegible]

وقال

وقال المدنيون ان بنى بامره فبقيمته قائما وانما قالوا باخذه لانه نقاض في العرصة
المتعارف ليد بناء الغائب ولا توخذ الشفعة للغائب لانه انما اخذ العرصة المتعارفة ان لم
ياخذه له بناؤه بالنقض ولا يقدر على اخذه والشفعة هو ياخذها متى قدم بقوامه
لا يفوت ولو انهدم ما اشترى بقوله اخذه بما نقض قاله عبد الحق وانما اوجبوا
الشفعة على قدر الانصباء ولم يوجبوها على عدد الرؤوس واوجبوا التقويم على
المعتقين في بعض الاقوال وجمهم متساوية على الرؤوس كثلاثة الاعبد بينهم ثلث
العبد والاخر نصفه والاخر سدسه فاعتق صاحب الثلث والسدس نصيبهما في صفقة
واحدة ان نصيب صاحب النصف يقوم عليهما نصفين لان الحرية يدخل الضرر بقليلها كما
يدخل بكثيرها فوجب ان يستويا في القيمة لاستوائهما في الضرر وليس كذلك الشفعة
لان صاحب النصيب الكثير يدخل عليه من الضرر اكثر مما يدخل على صاحب النصيب
القليل فوجب لهذا ان لا ترد الشفعة الى الحرية ولا تكون الا على قدر انصباء الورثة لما
ذكرناه قاله ابن بشير في شرح الجلاب وانما اوجبوا الشفعة بالقيمة اذا صالح
عن دم عمد بشقص من دار او ارض مشتركة واوجبوها بالدية ان كانت عن دم خطأ
لان دم العمد غير مقدر وقد يقع الصلح فيه على القليل والكثير لان الرجل قد يرى
ان يفادي نفسه بجميع ماله ولا يقتل ولا يتشفى منه في الجراح وقطع الاعضاء اقل
من عدا او لمروءته ماله او لانه رأى دم المجروح لا يكافئ دمه بالنسبة الى الحسب
وقد يصالح على القليل لكون المجروح له حاجة الى الدية والجارح لا يحب ان يوخذ
منه عند القصاص لما يفوت نفسه او يخاف على ماله فيصالح على اقل من الدية
فلم يكن سبيل العدل الا ان ياخذه الشفعة بالقيمة والدية انما مقدرة والتحديد
فيه ءامن لانه اذا كانت الدية اقل من الثلث ففي ماله وقد امن من القصاص وان
كانت اكثر من الثلث ففي على العاقلة وقد امن ايضا من القصاص وما اشبه ذلك
وما اخذته المرأة في الصداق والخلع قاله ابن بشير في شرحه ايضا وانما لزم
الكلام في قول الرجل ان تزوجت فلانة فهي طالق ولم يلزمه استحقاق الشفعة
في قوله ان اشتريت فلانا فقد استحققت عنه الشفعة لان الكلام هو لغيره تعلق بملك
المملوك له اذا وقع ولا يستطيع الرجوع فيه برضى المرأة المطلقة اذ ليس له

ع بالاخذ

ابن بشير

جوابهما فيلزم بعد النكاح كما لو رده بنفسه قبل النكاح واسقاط الشفعة للبكر فيه
للغير تعلق وأما موجوليه قبل المشتري فيصح له الرجوع فيه بعد ذلك فلا يلزم إلا بعد
وجوبه له عليه قاله صاحب الأجوبة وإنما قال مالك إذا اشترى واحد
شقصا بعبد فهلك العبد فإن الشفيع يطلب الشفعة بالقول قول المشتري
في قيمة العبد وإذا غاب الرهن الذي يغاب عليه ثم تلف واختلف الراهن والمرتهن في
صفته فإذا وصف حلف على تلك الصفة ثم لزمته قيمته وفي كلا الأمرين غير مستحق
قيمته لأن الشفيع مدع على المشتري فكان القول قول المشتري في قيمة العبد فإن شاء
الشفيع أخذ وإن شاء ترك وليس كذلك الرهن لأن القيمة إنما تجب عند ثبوت صفته
لأن الاختلاف إنما هو في الصفة بمنزلة لم يكن بد من وصفه والله أعلم وإنما
قال ابن القاسم إذا بيعت الرحى مع الأرض والبيت الذي تنصب فيه فلا شفعة دون
الرحى بحصة ذلك وفارق قيمة الحائط يباع مع الحائط بالشفعة في الجميع
والجميع قد بيع مع الأصل الذي فيه الشفعة لأن الحائط محتاج لرقيقه ورقيقه تبع
له وهذا بجملته ولا كذلك الأرض والرحى فإنها بالعكس قاله ابن عرفة وإنما
قال ابن القاسم بوجوب الشفعة في الثمر إذا اشتريت مع الأصل وإن لم تجز وإن اشترى
بعد إبانها الشفعة ما لم تيبس لأن تعلقها في الأصل ولو يبست أوجب تبعيته
له باتصالها به قاله ابن عرفة وإنما قالوا إذا أخذ الشقص عوضا عن دية خطأ
ودية عمد أو عرض وأنه يأخذ الشفيع الشقص بالدية وإن أخذ الشقص عن الدية ومن
إبل إنما يأخذ بقيمة الإبل وإن اشترى شقصا بعروض مضمونة إنما يأخذ الشفيع
بمثل تلك العروض المضمونة لأن الإبل في الدية غير محصلة في الصفة والقدر وإنما
من أسنان فلذلك أخذ بقيمتها وكان العرض عندهم في القيمة أيسر من العرض في المماثلة وإنما
العروض من إبل أو غنم مثلا إذا لم تكن دية جعلت محصلة الصفة والقدر مضبوطة والزمان
والزوائد كان دية أو غيرها من معلومة محصلة فما أخذ في ذلك بالمثل أجزأ فقاله
غير العوض وإنما يقسم الثمر والعنب بالخرص ولا يقسم غيرهما مما يبدو لأن ثمرة النخل
والعنب متميزة عن الشجر وورقه ... وليس كذلك سائر الثمار لأنها مختلطة
بالورق كلها ولا تتميز منه قاله الأبهري وإنما قالوا إذا كانت الثمرة ...

ما

غير

موصية من غير ما الاشتراط فقسمتها بالعرض جائز ويقضى له على الموصى به واذا كانت
بلهما فالقول قول من دعا الى بيعها جملة ولا يقسم بالعرض ولا عند التراضي لان الثمرة
اذا كانت موصية فالداعي منهم الى بيعها بيعا يقدر على ذلك اذا وقع القسم واذا
كانت بلهما لا يقدر الذي اراد البقاء على ما اراد ولا بقاء منها الى الكيل بتيسر
القسم فلا بد منه عند الجميع عن بعض الفروع وانما قالوا اذا باع الورثة التركة
بحضرة بعضهم ثم ان غريما اشهد بينة بما وجد ولم يجعلوا له نقض البيع
كما تستحق لان الغريم ليس مستحقا حقيقة لان المستحق يتعلق حقه بعين الشيء
المستحق وحق الغريم انما يتعلق بالتركة من حيث تمول الشرع له لو تلف اخر بالدين
كان لها عبيد وفلان فلا ينقض

فروق كتاب الوصايا

وانما قالوا اذا اوصى ان يباع عبده من رجل سماه بانه يجعل في الثلث قيمة رقبة
العبد فاذا حملها الثلث جازت الوصية ولو باع عبدا في مرضه
وحابى فيه لم يجعل منها في الثلث الا المحاباة خاصة لانه لا يعتبر بذل البيع على نفسه
وعلى الورثة والذي اوصى ان يباع انما التزم ذلك الورثة ولم يلزم نفسه ذلك
لانه لو عاش لم يلزم من ذلك شيء وانما قالوا اذا اوصى بعتق جارية فابت لم
يقبل منها كانت من جوار الوطء اولا واذا اوصى ببيعها ممن يعتقها فلها الخيار لان
الموصي بعتقها انما اراد نفسه فلا بد من نفاذ وصيته والذي اوصى ببيعها انما اراد
الثمن لورثته ونفع الجارية بالبيع فلها ان تكره ذلك اذا كانت من جوار الوطء
وانما قالوا اذا اوصى لعبده بنفسه او بجزء من نفسه يعتق فيما بقي من ماله واذا
اوصى ان يعتق جزء من عبده لا يعتق فيما بقي من المال لان الذي اوصى له بعتق نفسه
ملك بعض نفسه فعتق ذلك البعض فاشبه المعتق لشقص له بينه يكمل فيه عتق
الباقي واذا كان العتق هو الموصي ان يعتق جزء من العبد فما ملك العبد من نفسه
شيئا فلم يكن اعتق شقصه فلم يعتق فيما بقي اذ ذلك فعل غيره وانما
قالوا اذا اوصى الرجل بخدمة عبده مدة معلومة واوصى للاخر برقبته فجنى العبد
جناية فافتكه المخدم لم يرجع بذلك على الموصى له بالرقبة ولم يكن لها تسليمه

بعد الحرية وإذا أخدم عبده رجلا فجنى العبد جناية فإن افتكه المخدَم ثبت على
خدمته وإلا قيل للمخدِم افتكه فإن فعل رجع بذلك على السيد فإن دفع اليه ما
افتكه به أخذه وإلا لم يكن إليه سبيل والكلام ينحو إلا خدمته معلومة لأن
الموصى بخدمته لرجل وبرقبته لآخر لا يدخل في ملك الموصى له بالرقبة إلا بعد
استيفاء الخدمة فإذا دفع المخدم الجناية لم يرجع بها عليه إلا وقت دخولها
في ملكه لأنه ليس يتعلق به جناية وليس كذلك العبد المخدم في جناية السيد ولهذا
فعلنا الى أخذ العبد وهذا على القول بأن نفقة الموصى بخدمته وبرقبته تكون
على صاحب الخدمة وإنما قال مالك تجوز الوصية للصديق الملاطف ولا
يجوز الإقرار له بالدين في كلالة الموضعين وهو إخراج مال عن الورثة لأن التهمة
تنتفي في الوصية للصديق الملاطف لأنها تخرج من الثلث والثلث له التصرف
فيه دون بين الصديق وغيره لأن التهمة لا تتوجه إليه في ذلك والإقرار بالدين
في الكلالة تتوجه التهمة إليه في ذلك أن يكون أراد أن يضر بالورثة لأنه يخرج من رأس
المال فلم يجز وإنما قال مالك في من أسكن رجلا مسكنا الى أجل فمات الساكن قبل
الأجل فذلك سكنى لورثته الى انقضاء أجله وإن لم يكن له وارث عاد المسكن الى ربه
ومن أوصى بنفقة على رجل فرضا فمات الموصى له قبل تمامها لم يكن لورثته شيء من
نفقته لأن السكنى إنما كانت بأجل معلوم فلذلك في أمد الأجل فصار بمنزلة
العارية وأما النفقة فقصده بها استبقاء مودته وإذا قال الحسن عليه
وكف المتوفى عنه في ذلك إلا أجل فإن قال فيلد عادت البينة كالتعمير وإنما
لم يجعلوا التدبير وتزويج الرقيق وتعليمه والوكالة مع الغزل دليلا على الرجوع
في الوصية وجعلوها دليلا على الرضى في بيع الخيار وفي العيب لأن الموصى به على
ملك الموصي فله التصرف فيه وإنما تعلق حق الموصى له بالموت بخلاف
الخيار والعيب وإنما دخل المدبر في الصحة فيما علم به الموصي وفيما لم يعلم به
ولا يدخل المدبر في المرض إلا فيما علم به كالوصية على المعروف لأن الصحيح فمن
عتقه من جميع ماله فلذلك يكون بشر تدبيره ويتسع قصده الى السور الكبرى بخلاف المدبر
في المرض فإنه يتوقع الموت من مرضه وهو عالم بماله فإنما يقصد ارتجاع أفعاله

فيما علمه وافـــا قال ابن القاسم اذا اوصى ان يشترى عبد فلان للعتق فزيد في ثلثه
فأبى ان يبيعه الا بزيادة دفع المبذول كله للموصى له لان ذلك عوضه وقال اذا اوصى ان
يباع من فلان بنقص ثلثه فان ابى ان يشتريه بوضيعة الثلث دفع ثلثه له وكان
الواجب على هذا في المشتري منه اذا امتنع من بيعه بمثل ثمنه وثلث ثمنه ان يدفع
ثلث ثمنه له لانه لو باعه بمثل ثلثه لم يكن للمشتري له غير العبد والزيادة في
الثلث زيدت للمشتري منه فلا وجه لدفع ذلك للمشتري له حاصله ان يكون للمشتري
منه ان يكون فيها ثلاث وصايا وصية للبائع ووصية للمشتري له بجعل
المعقود الا عنه ووصية الموصى له بشراء عبد ووصية البائع في حكم التبع ولا
كذلك الاخرى لتبين فيما الى وصية واحدة قاله الشيخ ابو الحسن الصغير
وافـــا قال ابن القاسم ان امتنع ليزداد ثمنا يدفع للموصى له ثمنه واذا امتنع بخلا
لا يدفع اليه شيء وبطلت الوصية لان المشتري اذا امتنع ليزداد ثمنا فقد ملك
الورثة شراءه فيكون عليهم دفع عوضه واذا امتنع بخلا فلم يملكوا شيئا فبطلت
الوصية وايضا اذا كان ليزداد ثمنا فقد سمى مقدار الثمن فيه فيدفع الى الموصى
له وفيما امتنع اصلا وبخلا لم يسم ثمنا فالذي يدفع اليه فبطلت الوصية لذلك قاله
الشيخ ابو الحسن الصغير وافـــا قال في المدونة لا يجبر المكاتب نفسه ليكون رقيقا
واذا اوصى ببيع عبده ممن احب فان عجز العبد عن ان يبلغ ممن احب دون عتق ثلثه
ترجيحا للرق لان عقد الكتابة لما تقدم حريته لم يسرع نقضه وفي الوصية ببيعه ممن
احب لو اعتق ثلثه لزم عدم اعمال الوصية فهو كالحر في رقه وحريته وافـــا
قال ابن القاسم اذا اوصى لرجل من غلة داره بدينار كل سنة او من غلة حائطه
بخمسة اوسق كل سنة ان لم يحمل الثلث داره او حائطه يخير الورثة بين ان يفعلوا
ذلك او القطع بثلث التركة من كل شيء واذا اوصى بشيء للمساكين ولم يحملها
الثلث فلا خيار للورثة اما ان يجيزوا او يقطعوا لهم بالثلث بتلا في ذلك الشيء
بعينه لان الوصية اذا كانت للمساكين لا يرجى مرجعها الى الورثة وفي رجل بعينه
او قوم باعيانهم يرجى مرجعها اذا هلكوا وكذلك الحبس المعقب حكمه حكم الوصية
للمساكين قاله ابن يونس وافـــا لم يجز للوصي ان يشتري بالدين على ايتامه ويشتري

ثمنه

لهم بالتقويم ان الجميع شراء لأن ما اشترى لهم بالدين قد يهلك فيكلفون بالثمن
عند حلوله وتباع عليهم فيه أموالهم ان كانت لهم أموال وتتبع ذممهم ان لم
يكن لهم مال وأيضا ما اشترى بالدين يزاد فيه على القيمة ولا يجوز ان يشتري
لليتيم شيء بأكثر من القيمة فإن وقع نظر السلطان في ذلك فإن رءا ان يمضيه على
اليتيم أمضاه والا رده قال في الرواية فإن رده ولم يمضه على اليتيم لزم الوصي
ولم يكن له ان يرده الا ان يكون البائع قد صدقه فيما زعم على انه انما اشتراه ليتيمه
ويدا عنه على ذلك بتصريح او اقرار فلا يلزم الوصي الشراء اذا رده الإمام عن اليتيم
وانما جاز للوصي ان يوصي الى غيره بما أوصي به اليه ولا يجوز للوكيل ولا لمقدم القاضي
ان يوصي لغيره لان القاضي والوكيل انما ينظران لا لنفسهما ولا يكون ذلك في الوصي
تنبيه قال الشيخ ابو القاسم ابن محرز كل من ملك حقا على وجه لا يملك مع البقاء
به عزله فله ان يوصي به ويستخلف عليه كالخليفة والوصي والحاضنة على مذهب
ابن القاسم واصلح الصلاة وكل من ملك حقا يملك مع البقاء عزله عنه فليس له
ان يوصي به كالقاضي والوكيل ولو كان وصيه [illegible] نيته او خليفة القاضي وانما
قال مالك لا تجوز الوصية الى غير ناظر وتجوز الرد بعد القبول لان الوصية الحق
فيها للورثة دون الوصي فلم تجز الى غير الناظر لكن قال الغير من يوصي بترك لسيرة وبعد
الى غيره الا ان يرفع الى من يجوز دفعها ولا كذلك الرد بعده فإن الحق فيها للموصي
وكان له دفعه الى من شاء فافترقا لذلك وانما قال مالك لا يقبل قول الوصي
في دفع مال اليتيم بلا اشهاد وقبل قوله في النفقة وفي الجميع ممن هو لا خراج قال
عن تركه لان النفقة لا يمكنه الاشهاد عليها لانه لو كلف ذلك لحرج فيقبل قوله
فيه من غير شهود ولا كذلك الدفع فانه يمكن الاشهاد عليه بلا مضرة بخلاف النفقة
وانما قال بعض الشيوخ فيمن اوصى وقال جعلت النظر على ولدي فلان وفلان وفي
اولاد من يولد لهم انه يدخل في الايصاء من سمى ومن يولد لهم واذا حبس على ولده وقال
فلان وفلان ومن يولد لهم الآخرين انه لا يدخل في الحبس الآخر سموا لان الوصية هي
بالاولاد قد علم المقصود بها وهو القيام بهم وهو ممكن في التعميم فالتسمية للتخصيص
ولا كذلك الوقف فانه قد علم ان المقصود فيه اغتنام المنافع ويجوز قصرها

على بعض دون بعض فيصح أن يقال فيه للتسمية فيه أثر وأيضا فرقوا بين عبارة
فنزلوا حكما على عبارة الفقراء وعند الصوفية تعم عبارة الفقراء جميعها لأن
عبارة الفقراء لكل من هو فيها في الحال وعند الفقهاء فيه خلاف في المال وسواء الكل
وكذا إن وسع وأيضا قالوا فيمن تكلف بأكثر من ثلث ماله في مرضه فرده الورثة
أن الوصية تدخل فيه وإذا أوصى لوارث فلم يجيزوه فإنه لم تدخل فيها الوصية بالمال
المعين وقد علم في الكفالة أنه يرجع على المكفول خلاف الوصية للوارث فإنهم لما لم
يجيزوها صار كالذي يعلم به المعين إذ يمكن أن يجيز الورثة ذلك والله أعلم
وأيضا قال أشهب إذا أوصى بثلثي إن أخبرته بما يصنع فصيروه لأنه يصرفه
وإن قال الوصي لا شيء وإذا أوصى أن يجعل ثلثه حيث يراه فإنه إن أعطاه لوارث
بعينه لوارثه لا يجوز إلا أن يكمل لذلك وعليه يكمل جوابه لأن المسألة الثانية أحال
الموصي فيها على نظر الوصي وعين ذلك المقصود فإن يكمل للناس فلذا إن أعطى
لوارث بعينه وتبينه يكمل غيره أن تمضيه فيرد بخلاف الأول فإن المعين قد أحال فيها
على اجتهاد الوصي وذلك أمر لا يعرف إلا من جهة الوصي ولا يكمل فيه جواب ولا حكم

فصل وفي كتاب العطايا

وأيضا قال في العتبية إذا حبس دارا على فقراء بني فلان فاستغنوا إنها تنزع منهم
وترجع إلى عقبة المحبس ولو كان الحبس عليهم وسماهم وقال هذه الدار حبس على فلان
وفلان وفلان الفقراء من بني فلان فاستغنوا لم تنتزع منهم وكانوا أحق بها طول حياتهم
وإن استغنوا لأن قوله الفقراء إذا سماهم إنما هو زيادة في بيان التعيين لهم فجاء
وصفهم به كما لو قال الجهال أو العلماء أو الحكماء لم يسقط حقهم بانتقالهم من تلك
الصفة إلى غيرها وأيضا قال في الجلاب من حبس على رجل فرسا لم يجز بيعه ومن حبس
حيوانا فكبر وهرم فلا بأس ببيعه واستبدال مثله لأن الفرس إذا عجز فقد ينتفع
به بوجه بأن يكرى ويؤخذ كراؤه ويعمر به أو لا عسى يعود إلى حالته فلا يكمل
أن يقطع فيه وأما الحيوان فلا ينتفع به فجاز نقله إلى غيره لزوال الانتفاع
به ولم يجز نقل الدار والأرض إلى غيرها لأن المنفعة توجد فيها بوجه ما وقد
تعود إلى ما كانت عليه من العمارة والمنفعة فلهذه العلة قال لا تباع فافهم ما

وإنما قال في المدونة إذا كان الموقوف لم يحز على الواقف ولا كتبه بجريده في
مصارفه بأن كان ذا غلة فليس بحوز كالرباع ونحوها وإن لم يكن ذا غلة كالسلاح
والكتب والخيل يدفعها لمن يقاتل بها أو ينتفع بها ثم يعيدها إلى الحبس فذلك
حوز لأن خروج الكتاب والسلاح والخيل من يده حوز لها وعودها إليه في
إنما كان بعد صحة الحوز بخلاف ما إذا كان يكري ويصرف الغلة فإنه لم يحز
عنه وإنما يكون ينقض فلا يبنى في الروضات والمقابر لما فيه بالحويلة تحبيس
إيقافها واختلف في نقضها فلا يبنى في الحبس لأن نقض الروضات وإن وقع موقع الحبس
فهو حبس ممنوع في الشرع عنه فإنه ورقبة لكراهة البناء عليها كمن حبس حبسا لا يجيزه
الشرع فإنه مردود فتفقه فإنه عجيب في سؤاله لأنه لا يروونه وإنما قالوا الشيء
في شيء من الأفعال التي ينعقد النكاح عليها جائز وغيبت في الهبة والصدقة
ولا يتمادى بها لأن النكاح محل السوء من أجل البضع وإنما قالوا إذا فسخ
النكاح الذي وقعت الخلوة فيه ومن أجله ثم قبل الخلوة ثابتة للمشهور لا وقال
الذي يحمل بصداق مثله فلولا أن قبل البناء إن بطل الصداق ويرجع للوالد لأن الصداق
في النكاح محله البضع فلما زال حكم البضع بزوال عصمة الزوج عنه زال الرجوع في
الصداق عنه لأنه من سبب البضع والحكاية في الأفعال بخلاف ذلك إذ ليس لها
عوض إنما هي عطية لتمام النكاح والإشهاد على ذلك يكفي والله أعلم
وإنما قال ابن القاسم إذا وهبت المزوجة دارها وسكنتها معه إن الفلس أو
الموت لا يبطل الحوز وإذا وهبها الزوج دار سكناه ولم ينتقل عنها الحوز فإن
أفلس بطل الحوز لأن اليد في السكنى للزوج فسكناها تابعة لسكناه فلذلك
صحت الهبة في دار وهبتها لزوجها وسكنتها معه بخلاف العكس وإنما
قال ابن القاسم إذا وهب رب الوديعة الوديعة للمودع ولم يقل المودع قبلت
افترقت الواهب أن الهبة باطلة وإذا قبض الموهوب له الهبة ليتروى ثم مات
الواهب أن الهبة صحيحة لأن إنشاء القبض في الموهوب له في التروي قوي في الدلالة
على الرضى بخلاف الوديعة فإنه ليس فيها ذلك فافترقا وإنما قال ابن
القاسم إذا وهب الوديعة ربها لغير المودع ومات الواهب وعلم المودع أنه

الهبة تم. وعن ابن المواز يجوز للموهوب له وإذا وهب فلا فرق بين وكيله ولم يقبضه
الموهوب له إلى أن مات الواهب بطلت الهبة لأن يد الوكيل كيد الموكل بخلاف
المودع بعد. وإنما اشترط ابن القاسم في هبته حوز المودع علمه للموهوب له ولم
يشترطه فيما فرق بين المخدم والمستعير لأن المودع إنما كان قبضه أولا على رده فلا فرق
بين الرد وعدمه وصار كالوكيل لم يستحق على ذلك والموهوب له هو
المالك الآن فلا بد من علم المودع لم يكن حائزا له والمخدم والمستعير قبضه على
رده فلا يشترط أن يحوز لأنفسهما بل يحوزان لأجل فلا يشترط علمهما بذلك قاله الشيخ
أبو الحسن التونسي. وإنما لم يجعل ابن القاسم فرقا بين المرتهن والمستأجر
حوزا للموهوب له وجعل فرقا بين المستخدم والمستعير حوزا لأن المخدم والمستعير
يحوز عن ربه والمستأجر والمرتهن يحوز لنفسه. وإنما قالوا إذا حصل التزويج
أو الدين ثم ارتفعا لم يعد الاعتصار للأب في الهبة. وإذا مرض الواهب أو الموهوب
له ثم زال المرض فاختلف هل يعود الاعتصار أولا لأن المرض أمر لم يجلبا فلم يقدما
عليه فهو بخلاف النكاح والمداينة. وإنما قالوا إذا رد العبد الهبة ولم
يقبلها أنه لا يكون للسيد قبولها وإذا رد الصدقة فللسيد أن يأخذها لأن الصدقة
تسليمه هو واجب وليست الهبة حقا واجبا لأن الصدقة أوجبها للعبد السنة
لا منة أحد والهبة بخلاف ذلك قاله أبو عمران. وإنما أوجبوا النفقة على الغنم
والإماء التي وهبت فلا يكونها على الواهب وأوجبوا السقي والعلاج في الثمرة
والزرع الموهوبين على الموهوب له لأن المراد إلا على الغنم والإماء رقابها لا
أولادها إذ لو ترك ذلك لما تبت ولا كذلك الثمرة والزرع فإن المنفعة في سقيه
إنما هو لصاحبه لا لغيره قاله أبو عمران. وإنما قالوا إذا باع الهبة ثم
اشتراها بعد لزومه الثواب وإذا ابتاع السلعة ابتياعا فاسدا ثم باعها ثم
أنه لا يفيتها لأن رجوعه في الهبة ويسقط بدل منهما بعد رضى بالثواب ولهذا أن يلتزم
الهبة ويوجب ويوجب على نفسه الثواب ولا كذلك البيع فإنه فاسد لعينه لا يقدر
على رفعه فإذا باع ثم رجعت إليه بغير عادت إلى ملكه برد ذاتي فيما تقدم
والله أعلم. قال عبد الحق وإنما حكم البيع الفاسد لعينه لولا أن الدليل الحاصلة

بما اذا زادت البدن احداهما بلغة بسبب حوالة او في عبد مشتركا فيبيع
مبلغ احدهما انه لا يكون بذلك العبدان جميعا ولا يبتغي الزائد في الزائد جميعهما
واغلى احدهما بالاخر فيهما وانما ذلك يكون في البيع خاصة واذا وهبه دارا او باع احدهما
له نصفها ان الواهب منها بالخيار بين ان يتبعه بقيمة جميع الدار او يأخذ نصفها
ويتبع بنصف قيمتها لان الموهوب له لو رد الى الواهب نصف الدار الذي لم يبع حصل له
ضرر بشركته مثل النصف ولا كذلك مسألة العبدين فافترقا وانما قال ابن
القاسم في العبدين لا يكون العبدان جميعا يتبع الادنى منهما ولا يبيع احدهما اذا كانا
متكافئين في الخيار اذا بلغ الادنى منهما يلزمه البيع فيهما لان هبة الثواب
لم يقصد بها المعروف والبيع لم يقصد به المكايسة فكان ما يقصد الغلط على المشتري في
الزائد فلا العبد بما له عند الحوز وانما جاز ان يهب الاب لبعض ولده دون
بعض جزءا من ماله ويكره له ان يهب له ماله كله او جله لان هبة الكل او الجل
تؤدي الى العقوق وترك البر وتورث الحسد والكراهية كذلك الا القليل فانه لا يوجب
من العداوة والبغضاء ما يوجبه الكل او الاكثر ولا يتولد عنه من الحسد ما يتولد
عنهما والله اعلم

فروق كتاب الوديعة

وانما لا يقبل قول المودع انه رد الوديعة اذا قبضها ببينة واذا ادعى
التلف يقبل بكل حال لان التلف قد ائتمنه على غيبته فلا يلزم المودع اقامة البينة
عليه لانه لم يشهد عليه وفي الرد لا ضرورة عليه في اقامة البينة ولانه لم
يأتمنه حين اشهد عليه عند الدفع اليه فلا يرد الا ببينة وانما قالوا فيمن
حمل الوديعة في سفر فعرضت له اقامة ببعض البلاد والخوف وامرنه انه لا ضمان
عليه ويجوز له ذلك واذا استودع في الحضر وعرض له السفر فلا يحملها وان حملها
ضمن لان الاول قد اذن له في السفر بها او ذلك البلد ولم يتعد بالدفع الى غيره
الا من ضرورة والثانية لم يرض ربها ان تكون عند المتعدي ولا اختاره
والفرق بينهما الضرورة فكان له دفعها الى غيره وانما قالوا اذا تعدى
المودع على الوديعة فاشترى بها تجارة فربح فيها ان الربح له واذا تعدى

يجوز للمودع ان يودع الوديعة عند غيره للامانة

الخارج في قال القراض فاشترى بنصف الذي اخرجه بشرائه ان الخيار لرب المال بين ان
يضمنه وبين ان يجعله على القراض ويقاسمه الربح مع ان التعدي في كلا الموضعين موجود
لان الوديعة لم يقصد بها ربها التنمية وانما قصد بها الحفظ فلم يزل عن ملكه
بتعدي المودع عليها لان الحفظ موجود فيها على كل حال وليس كذلك
القراض لان رب المال قصد بذلك التنمية فلو لم يكن الخيار لكان العامل قد تعدى
فيه وليس ذلك كذلك بما بيناه وانما قالوا في المودع عنده اذا ادعى ردها على
المودع الذي عنده بيمينه واذا ادعى المودع الهلاك على صبي فلا ضمان لان المودع
دل على قبله لا يلزمه حفظه فاذا اتلفه المودع لم يلزم الدال ضمان كما لو دله
على ادمي ولا كذلك المودع لانه قد كلف حفظ الوديعة والرب عنها بتكلف
والشرع فلما تعدى ما الشرع وخالف فقد تعدى العقد الذي عقد والشرع وجب عليه
الضمان وانما قالوا اذا دفع رجل لرجل مالا وامره بدفعه الى زيد فادعى انه
دفعه الى زيد وانكر ذلك المبعوث اليه لم يقبل قول المامور الا ان يقيم بينة على الدفع
والفرق بين قبل المال مصدق في كلا المسئلتين موجود لاخراج المال عن يده لان المامور
في التلف مؤتمن فلذلك صدق وليس كذلك الاعطاء لانه يحتاج الى نقل من الفعل الى
لم يجز بتضييع المال فاذا دفعه بغير بينة كان مفرطا فلزمه ذلك واقيس منه
ان يقال انه مدع للاشهاد منه عنه وبراءة ذمته فلم يقبل قوله وليس كذلك
في التلف لانه غير مدع للاشهاد عن ذمته وانما قالوا اذا اشترط الرسول الا
يشهد على من يدفع اليه انه ينفعه ذلك واذا اشترط ان لا يجبر عليه لم ينفعه ذلك
لان اليمين انما يتكرر فيها حين وجوب تعلقها فكانه شرط اسقاط امر لم يكن بعد بخلاف
شرطه ترك الاشهاد لانما كتب به والحق عليه فيه ان يدفع بالبينة فلا مر في
ذلك معتبر وقاله ابن حبيب وانما قالوا اذا اودع الوديعة رجلين ولم يذكر فيهما
عدل ليس للسلطان ان يخلعهما بل يبقي المال بين ايديهما كما جعلها فيهما واذا اوصى
الى وصيين ولم يذكر فيهما عدل ان السلطان يعزلهما ويجعله عند غيرهما الا ان الميت اذا
كانت ماله لغيره فلا يجوز ان يدفع به الى ثقة والحي يختار لوديعته من احب
وانما قالوا اذا ادعى رد الوديعة الى ربها فانه يحلف كان معه بينة ام لا

في الوديعة

زكي

ان ادعى المودع رد الوديعة

وإذا ادعى الضياع فإنه يصدق ولا يمين لأن الذي يدعي الرد فرقا بين أن المودع بعينه
من عند الغير أنه كاذب لم يرد ولا كذلك الضياع فإنه لا علم له بحقيقته وإنما
يتهم من جهة المودع فلا يمين عليه حتى أن يكون متهما وإنما قال في المدونة
إذا أودع عنده دابة وغاب فأنفق عليها بغير أمر السلطان فإن الإمام يبيعها
ويعطيه ما ادعاه من النفقة إذا لم تزد شيئا فيقبل قوله أنه أنفق من غير
رجوع إذا علم الحاكم وقال في الزوجة ترجع إلا تعاول ولا يقبل قولها إلا بعدل أن ترجع أمرها
إلى الحاكم الذي فرق أنه يقول إنما أودع عندي دابة ولم يرد عندي وهذا شيء النفقة
عليها فلا يقبل قوله أنه لم يرجع إليه إلا شيئا وأما الزوجة إذا غاب عنها
فقد تركها في داره وموضع نفقته فسكوتها يدل أنها أنفقت من ماله لا من مالها

فرق كتاب اللقطة

وإنما قال مالك إذا استهلك العبد اللقطة قبل تمام السنة كانت في رقبته
وإذا استهلكها بعد السنة كانت في ذمته وأن استهلكها الحر كانت في ذمته استهلكها
قبل السنة أو بعدها والجميع استهلاك لأن العبد إذا استهلكها قبل السنة
كان متعديا وإذا تعدى العبد على مال الغير كان ذلك في رقبته وإن كان بعد السنة
لم يكن متعديا لأنه قد أذن له في إنفاقها فكانت في ذمته دون رقبته كما لو أذن ولم يجعل
في تعلقه شيء من ماله ولا كذلك الحر فإن أحواله تتساوى في التعدي وغيره أن ذلك
في ذمته دون رقبته فلذلك استوى استهلاكه قبل السنة وبعدها فافترق حكم
الحر والعبد وإنما قال في المدونة إذا عرف إباقا فأتيته السلطان بشاهد
أنه يحلف معه ويأخذه وإذا ادعاه ولا شاهد له وصدقه العبد فإنه يأخذه بلا
يمين لأن الذي يقيم شاهدا ويحلف يأخذه على جهة الملك ألا ترى أنه إن جاء غيره بمن عنده
وأقام شاهدا بشكرا أو الشاهد من أعدل وإذا أخذ بغير دعواه كان صاحب الشاهد أولى
منه وأيضا فإن الذي أقام شاهدا يحلف وأخذ للملك عبره بأمور العبد لم يضمنه
وإذا أخذ بدعواه ضمنه وأيضا فإن الذي يقيم شاهدا يحلف ويستعمله في الوقت من
غير استيناء والذي يأخذه بالدعوى لا يأخذه إلا بعد الاستيناء والتلوم باجتهاد
الحاكم فافترقا وإنما قال ابن القاسم إن لو رد اللقطة مع الصاكر ولمن له نعض

يضع

يبيع فلتفكيكه الأذان لتعلمهم بأوقاتها خوفا من ضياعها وأوقف ثمنها فلم ينقض بيعه
لقوله عليه الصلاة والسلام شأنك بها والحسن أكبر انها باعوها على أنها ملك
لهم فلمستحقها نقض بيعهم كنقضه بيع المشتري في الاستحقاق قاله ابن يونس وإنما
قال ابن القاسم إذا ابتاع أبق فباع العبد الآبق ثم أتى سيده بعد ذلك فقال كنت
أعتقته انه لا يصدق وإن كانت أمة فقال كنت أولدتها انه يصدق ان لم يتهم
لأن العتق شأنه أن يتوثق فيه ويشهر بين أعيان الناس فيه فلذا لم يثبت ذلك
اتهم في ولد لأن الأمة لا يستتر شأن الناس إلا أشهد عليه وإلا شهد له فلذا انتفت
التهمة عن السيد في ذلك قاله عبد الحق وإنما قال في الجلاب من وجد
بعيرا في الصحراء فلا يأخذه وليتركه ومن وجد شاة في الصحراء فليأكلها ان شاء
أو كانت معه أو أدى ثمنها ان كانت بالقرب منها فإن لم يجدها فليضمن الثمن فلا يلزم
أن يأكلها ويضمنها لأن الإبل تحفظ نفسها وتمتنع من الوحش وتعيش بنفسها
وتقدر على الشرب من الغدر والأكل من الشجر وتقدر على مصابرة الجوع والعطش بعد
خوف الهلاك عنها والبقر كذلك بخلاف الغنم فإنها لا تحفظ نفسها ولا تقدر على
مصابرة الجوع ولا العطش فيخشى عليها الهلاك والتلف فله أن يأكلها وحمل عليه
الضمان ولا قوله رحمه الله أيضا فورود في ضالة الإبل قوله عليه الصلاة والسلام
جوابا لمن سأله ما لك ولها معها حذاؤها وسقاؤها ترد الماء وتأكل الشجر حتى
يلقاها ربها وقال في ضالة الغنم هي لك أو لأخيك أو للذئب والله أعلم

فصول كتاب الحدود في الزنى

وإنما قالوا فيمن زنى بكبيرة فبينته أنه يحد ولم يوجبوا عليه لها صداقا لأن الصداق وهي
طاوعت للأذى فيه فلها وجعلنا للموطوءة لها عوضا آخر اقتصاص فيه ولا دية فكذلك منها
وإنما الحد يرجع لحق الله تعالى فيجب عليه لعظم ما انتهك وجعل قاله عبد الحق وأيضا
الصداق إنما لم يجب لأنه لا يخلو أن يجب لها أو لورثتها وقد بطل أن يجب لها شيء
بغير قوتها لأنها من كبيرة ولها ملك شيء كالجنين يوهب له أو يوصى له فيسقط
الجنين أو يخلو ميتا فإن الشيء الموهوب يرجع إلى واهبه إذا لم يملكه الجنين فبطل
أيضا أن يجب لورثتها لأنهم لو كانوا في الكور العوض عن البضع لوجب أن يكون لها الكبير

مطلب

للبضع الزنى وجبا عن استهلاكه منزلة العوض وانما ثبت ان ملك البضع لا يشغل انهم
لم يثبت لهم عوضه والله اعلم قال الشيخ ابو القاسم بن محرز وانما اوجبوا
الحد على من وطئ الاجنبية ولم يوجبوا القطع على من قطع يمينا عمدا لان حد الزنى يجب
للزجر ومن زنى بها على وجه لا شبهة له فيه فكان الحد واجبا عليه والقطع
انما يجب في العضو اذا كانت منفعته قائمة واما قا[illegible] فمنفعته فيه من اجل عضاء فلا
قصاص فيه كاليد الشلاء واما لو انتقصت من بعض منفعته لبعد قبضه لم يكن قصاصا ما جنى
الحقيقة لان الزنى اخف عنده اكثر من الزنى انثلع والقصاص موضوع عن النساء وانه ليس
العضو المتلف والعضو المقطوع فيه قال الشيخ ابو القاسم ابن محرز وانما قالوا
اذا وضعت الحمل من وجب عليها الحد فلو كانت ثيبا رجمت ولم تؤخر وان كانت بكرا
لم تؤخر حتى تخرج من نفاسها وفي كلا الموضعين من وجب عليه من زنى لان البكر حدها الجلد وكل
من كان حده الجلد فلا يجوز ان يخشى عليه فيه التلف وذلك موجود في النفاس لانه
مرض والثيب حدها الرجم فلا فائدة في تاخيرها لان حقيقة الزنى اخرت من اجله موجود
وهو التلف لان الرجم يأتي على ذلك كله فافترقا وانما قالوا اذا اقر العبد بالزنى
والسرقة قبل اقراره ووجب عليه الحد وان اكذبه السيد وان اقر بجرح لا نسأل او بغصب
لم يقبل اقراره اذا اكذبه السيد وجميع اقراره لان اقراره بالسرقة لا يتهم فيه ان يكون اراد
او بتسبيع لانها عقوبة تحل به وليس كذلك اقراره بجرح او غصب لان الكلفة
تلحقه فيه ان يكون اراد اخراج نفسه من يد سيده فلم يقبل اقراره فيكذبه سيده
فافترقا وانما قال مالك يقيم الرجل على عبده وامته حد الزنى ولا يقيم حد
السرقة وكلاهما حد لان حد الزنى لا يتهم فيه السيد اذا اقامه بخلاف حد السرقة
لانه قطع عضو وذلك مثلة يعتق عليه بها فلو مكن من ذلك لكان كل من مثل بعبده
مثلة يدعي انه قطعه في السرقة فيصير ذريعة الى اسقاط العتق بالمثلة تفسير
قال الشيخ ابو محمد انما يقيم الرجل على امته حد الزنى اذا كانت لا زوج لها او كان
زوجها عبده واما اذا كان زوجها حرا او عبدا لغيره فلا يقيم سيدها عليها
الحد في ذلك من التهمة في حق الغير وابطال فراشه ولا بد للسيد على ملك غيره
ونزل اذا ظهر حمل او قامت بينة او اقرار واما برؤية السيد او علمه فعلى قول بعض

وانما قال ابن الجلاب لا يحكم الحاكم بعلمه في حد الزنى ولا غيره ويحكم السيد
بعلمه في حد امته وعبده اذا زنيا على احد القولين لان السيد لا يتهم على عبده وامته
والحاكم قد يتهم على رعيته وانما قال في المدونة في كتاب القطع اذا سرق
فقطع واذا زنى لا يحد مع ان العكس كان اولى لان السرقة اخف النكال فيهم والفساد
في الارض فحكم بينهم فيها وفيها حق لادمي وحق الله وللزنى حقه حق الله فقط
فيتكلمون فيه الى شيء بينهم ولا حد في الزنى لان غالب الامر في الزنى فيما ان تكون
كما يقع وان كانت مكرهة فلا تسمية زنى وايضا السرقة من الفساد في الارض
فيقطع فيتكلم على قول النافي الذي جعلها الله سواء بينهم ولا كذلك الزنى فانه
ليس فيه ما في السرقة في الاقوال لانه ان كان زنى بكافرة فليس حكمهم عليهم في
الكفر بل الامر اعظم من زناهم ومع ذلك لا ضرر على المسلمين فيه وان كان زنى
بمسلمة فان كان وعليه حد فقد نكل وان اكرهها قتل وانما قال فالك اذا وطئ احد
الشريكين جارية بينه وبين غيره فلا حد عليه واذا سرق احدهما من مال الشركة
مما قد احرز عنه فوق حقه بثلاثة دراهم قطع وفي الموضعين معا حق يجب اقله ومثله
ولا شبهة في المال لان الوطء لا يتبعض وله شبهة في الجارية اذ من ملكها بعضها
فدرئ عنه الحد للشبهة وليس كذلك السرقة لان الحد يجب اذا اخذ مقدارا محدودا
وذلك موجود اذا سرق من مال الشركة فوق حقه بثلاثة دراهم وانما قالوا
اذا سرق من مال اهل الحرب فلا قطع عليه واذا وطئ الحربية فعليه الحد في كلا
الموضعين فيه اشتراك في مال الحربي لان اموال اهل الحرب مباحة فجاز الانتفاع بها
ولا حد في سرقتها ولا كذلك الوطء فانه لا يجوز الا بنكاح او ملك يمين وان وطئ
الحربية قبل حصول ملكه من الغنيمة فهو زان وعليه الحد وانما قالوا اذا
اوصى بجارية فوطئها قبل موت الموصي فعليه الحد واذا وطئها بعد موته فلا حد عليه
سواء كان لها مال او لم يكن وفي كلا الموضعين فهو وطئ من اوصي له بها في
الوصية انما يثبت حكمها بالموت اذ للموصي ان يرجع فيها فاذا وطئ قبل
الموت فقد وطئ من لا شبهة له في ملكه وليس كذلك بعد الموت لان الشبهة
قائمة فلم يكن عليه حد وان جاز لا يكون له وانما قالوا اذا شهد على اقراره

بالزنى لا تنكح للاستبراء حتى يكون حملها كما هو الحق فيتوقف على وضعها حتى
تضع وإذا زنت من لها زوج مرسل عليها فإنها تستبرأ بثلاثة ثم بعد ذلك
تزوجها لأن طلب التكفئة هاهنا قائم وهو الزوج الذي له الحجة في نسبه وفي
طلب في الزنى فيها فلذلك وجبت الأناة أن يكون الحمل كما هو أولا وإنما قالوا إذا
وطئ أمة وادعى أن يستبرئها فإنما له وجبا على ربها التبيين لمن عجلها أن
استبرأها فطلع على أبواكبه إذا أحلف ووقف له فيها وإذا سرق منها غاصب وزعل ثم
قال احلفوا في الاستبراء أنه لبس له ويتكل على اليمين في الدار أن الفرج لا يبيح منه
وأن حلف البائع ولا نستوجب الاستبراء للأن الوطء فيما كان أو يعود أنها شاء
البائع من لم يستبرئها به لأعلانه فلذا أو كان منزلا مستبرأ فعن وطء البعل المعروف
به فلها حجة عليه وإن خرج الذي أخذ الاستبراء مستبرأ فعن وطء وطء الشارق
فوجب فيكفيه أي لو كان لكان باخذه الكماء وإنما قال في المدونة إذا زنى مسلم
بكافرة حد ولا حد عليها وترد إلى أهل دينها لأن الحد تكفير للمسلمين والكافر لا يكفرهم
الحد فتبقى قال عبد الحق عن بعض القرويين إنما ترد الذمية إلى أهل دينها إذا لم
ذكر المسلم بلا مجاهرة فلا ترد إلى أهل دينها بل تعزر أمرها فتمنع من ذلك إلى أهل الكفر
وإنما قال في المدونة إذا زنت المرأة وقالت أنه حامل بكفر البيضاء النساء فكان
من فيها لم يعجل عليها بالحد ولا أخرت وإذا زنت وشهد عليها وقالت أنا عذراء أو
رتقاء ونظر إليها النساء ومن فيها لم يلتفت إلى قولهن وأجمع شهادة النساء
فيما يدفع الحد لأن شهادة النساء في الحمل لم ترفع الحد وإنما أخرته ثم يقع بعد ذلك
ولا كذلك في شهادة نظر أنها عذراء أو رتقاء بما يبرأ ود أن يدفع حقا فوجب ويكذب
البينة في شهادة أنها زنت فلم تقبل منهن وإنما قال في المدونة إذا زنى بامرأة
فأفضاها فلا شيء لها لأنه الأ وكثيرة من نفسها وإذا تزوجها فأفضاها فلها ما
شانها لأن الزوجة واجب عليها تمكينه بكل ما هو ولا تستطيع الامتناع من ذلك
فلذلك كان عليه ما شانها وإلا في بينة الواجب عليها منعه فلما أمكنته لم
يكن عليه لها شيء كما لو أذنت له أن يقطعها وإنما قالوا باعتبار الإحصان
في الزانيين ولم يقولوا باعتباره في اللوطيين لأن اللواط أشد تحريما وأعظم جرما

مسئلة

إذا زنى مسلم بكافرة حد ولا يحد الكافرة

من الزنى لانه وطء في موضع لا يجوز ان يستقيم مستقبله والزنى بها يجوز ان
يستباح وطؤها بعقد النكاح وايضا الاحصان لا يقع من جهة الدبر وانما يقع
من جهة القبل فكيف يجوز ان يقال حتى يحد لاجل انه انما هي ليقع بالحلال
في الموضع المباح وهذا لا يجوز ان يباح الوطء فيه فلهذه العلة لم تراع الحصانة
فيه وانما لم يوجبوا الحد على من تزوج معتدة على المشهور واوجبوه على من
نكح خامسة او مطلقة ثلاثا مع ان كلا منهما محرمة في وقت دون وقت بل تحريم
المعتدة اشد لان عدتها تمنع من نكاح كل احد وتحريم الخامسة مقصور على من في
عصمته اربع وكذلك المطلقة ثلاثا انما تحرم على مطلقها لا غير لان نكاح
المعتدة ينشر الحرمة بينهما وبين آبائه وابنائه لشبهة النكاح ولا كذلك
المطلقة ثلاثا والخامسة فانه لا ينشر فيهما تحريما البتة قاله بعض الشيوخ
تنبيه ضعف بعض الشيوخ هذا الفرق بان نشر الحرمة على قوله للشبهة
المنفكة للحد فلا يحسن الفرق به وهو كما قال وانما لم يحد من جمع بين امراة وعمتها
او خالتها وحد من جمع بين الاختين من الرضاع ولم يحد من جمع بين الاختين من النسب والجميع
جمع حرام لان الاول تحريمه بالسنة وليس محرما بالكتاب والثاني محرم بالكتاب
قاله عبد الحق وهذا امر يعتمد عليه انه ما كان محرما بالكتاب فهو الذي يحد فيه وما
كان من تحريم السنة فلا يحد فيه وانما قال في المدونة اذا ارتدت ام ولده فوطئها
وهو عالم انها لا تحل له في حال ردتها لم يحد وكذلك من وطئ مجوسية عالما بالتحريم
فانه لا يحد واذا تزوج مجوسية فوطئها عالما بالتحريم فانه يحد لان ام الولد
لا يسقط ملكه عنها ولا تعتق عليه بالارتداد ولا حد على من وطئ بملك اليمين
وان لم يكن له مجوسية لقوة شبهة الملك ولا كذلك مجوسية فوطئها عالما
بالتحريم اذ لا شبهة ملك له فيها وانما اوجب في المدونة قيمة الامة المحللة
اذا وطئها من احلت له حملت او لم تحمل ولم يوجبها على الشريك الواطئ قيمتها الا اذا
حملت لان الشريك يدرأ عنه الحد ملك الامة ويمنع شريكه من وطئها ابدا ويرجعه الى الحاكم
ولا كذلك في المحللة لانه هو الذي اباحها له ذلك كذلك في الاب يطأ امة ابنه لان الابن
يقضي على الاب ولا يقدر على منعه منها واوجبوا الشريك وطء عداء والمحلل

كذا ش

فإن ولدت فإن نفسك بما ضحت ما فضل له من عارية العروج وإن كان يوما أو نحوه فلا شيء له
أو لغير ذلك نافية وإنما أوجبوا الحد على المكره على الزنى ولم يوجبوه على المكرهة
مع أن كلا منهما لا يكون إلا عن إكراه على أن يكون منه الفعل والإنتشار واللذة
إلا الإكراه للمرأة وليس ذلك من المكرهة على الوطء

فرق في كتاب القطع في السرقة

وإنما قال مالك إذا سرق أحد الشريكين من مال الشركة ما فوق حقه بثلاثة دراهم
قطع وإن سرق أقل لم يقطع وإذا سرق من الغنم أحد الغانمين قطع إن سرق فوق حقه
بنصاب أولا والجميع شريك لأن الذي سرق من مال الشركة حقه معلوم فلذلك
راعاه ولا كذلك الذي سرق من الغنيمة فإن حقه غير معلوم فلذلك لم يراعه وإنما
قالوا إذا سرق زعم أنه صبغ به ثوبا أو زيدا أدخل الثوب حتى يشتويه أي
الذي عمل وإن أخذ الثوب من الصباغ قبل أن يدفع أجرته فباعه فلا سبيل
للصباغ إليه وفي كلا الموضعين كل واحد منهما مشتر قيمة الثوب قبل أخذ الأجرة
لأنه قد سلمه وإن أدخل في الاتباع به فلم يكن له في الثوب شيء وإنما قال
مالك في الذي يغير في جوف الليل ومعه متاع وقال فلان أرسلني لآخذه له فأخذه
له بغير علمه إنه متاع أنه لا قطع عليه وقال في الذي سرق متاعا لرجل وقال
فلان أرسلني أنه يقطع لأن الذي سرق وقال فلان أرسلني قد عاينت البينة سرقته
وانتشاره بدخوله منزل المسروق منه كمثل أن يتسور أو ينقب ونحو ذلك والذي لقي معه
في جوف الليل لم تعاين البينة سرقته ولا علمت استتاره فافترقا لتضييعهما قال بعض
شيوخ القرويين الأصل في هذا إذا فعل فعل الرسول من فتح الباب ونحو ذلك مما
يشبهه فلا يقطع صدقه رب المتاع أو لا فإن فعل فعل السارق من النقب والتسور
ونحو ذلك قطع صدقه رب المتاع أم لا وإنما قالوا إذا سرق غاصبا فعليه عدد
فليس له أن يجبر السارق على أن يأخذه ويدفع إليه أجرة الصباغة وإذا سرق
الثوب فصبغه له أن يمكنه بقيمة الصبغ مع أن كلا منهما سارق فلم يبع على أحدهما
منفعته بغير رضاه لأن الذي سرق النحاس فصاغه تغير به المثل وذلك المثل شيء مثل
غير المسروق فلا يظلم المسروق منه شيئا فلذلك لم تبع عليه منفعته وكذلك مسألة

الصبغ فانه لو لم يبح له ان يعطيه قيمة الصبغ لم يعدم المسروق منه قيمة ثوبه
لانا نعطيه قيمة الثوب فيصير قد ضاع عليه ثوبه فلما كان كل واحد منهما يضيع عليه
شيء كان اولاهما بالحمل عليه السارق فلذلك جاز لصاحب الثوب ان يدفع قيمة
الصبغ وايضا فالصبغ عين قائمة فهو كسلعة مختلطة بالثوب ولا يمكن فصل احدهما على
الآخر فهو بمثابة ما لو غصب قمحا فخلطه بغيره بما هو من ضرب الطعام قمحا او غيره
فهو بمثابة خياطة الثوب وغيره مما ليس سلعة قائمة وانما اوجبوا الحد
على شارب قليل الخمر وكثيرها ولم يوجبوا القطع على سارق قليل المال ككثيره لان الخمر
لا يقدم على شرب قليلها لعينها وانما تراد لما لا يحصل الا عند الاكثار منها فهو لا يقتصر
الا على كثيرها فوجب ان يزجر بالحد على التعاطي لذلك وايضا الخمر لا قائل بحل
القليل والكثير منها بخلاف المال فتناول القليل منها داعيا قويا في تعاطي الكثير والنفوس
تشره على الاموال وتحرص عليها واحتقار القليل يتوقف النفس عن الاقدام عليه
ولا يكون الاقدام عليه وسيلة الى الكثير بخلافه فلذلك لم يقطع سارق القليل وحد
شارب القليل من الخمر والكثير. قاله بعض المتاخرين وانما لا يقطع العبد والامة
اذا سرقا من مال سيدهما ويقطعان اذا سرقا من مال غير السيد مع ان الجميع محرم عليهم
لان القطع انما شرع صيانة للاموال وحفظا لها ولئلا تتناول بغير حق فلو قطع
العبد اذا سرق من مال سيده لكنا قد اتلفنا عليه ماله تضييع ماله فلا معنى لذلك
وقد قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه خادمكم سرق متاعكم وقد روي ان عليا
رضي الله عنه قال اذا سرق عبدي من مالي لم اقطعه وانما جعلوا نفقة الاب
شبهة في المال تدرأ عنه الحد ولم يجعلوا نفقة الزوجة شبهة تدرأ القطع
عنها لكن سرقت من مال زوجها الجمهور عليها لان نفقة الزوجة معاوضة فاشبهت
الاجير بخلاف نفقة الاب فانها مواساة وايضا نفقة الزوجة دخل فيها
باختياره ولو شاء لا سقطها بالطلاق ولا كذلك نفقة الاباء اذ ليست باختياره
وانما قال في الكتاب يقطع كل واحد من الزوجين اذا سرق من مال صاحبه من بيت
حجر عليه ولا يقطع الضيف مع ان كل واحد منهما ماذون له في دخول الدار لان احد
الزوجين قد حجر على صاحبه ذلك البيت خاصة بالتحجير والاذن له كان في الحلول فيها لانه

لم يجز عليه فلذلك لم يقطعه وإنما قال في المدونة إذا سرق رجل مع صبي صغير
أو مجنون ما قيمته ثلاثة دراهم يقطع الرجل وحده وإذا سرق مع الأب أو العبد لا يقطع
لأن العبد والأب أذن لهما للسارق ومما جرى بينهما والصبي والمجنون لا يصح إذنهما
قاله ابن يونس وأيضا فيد العبد أقوى من الصبي والمجنون لم تكن شبهة له في المال كأن
أذنه إذن وإنما كانت لكونه غير مخاطب بالشرع وكان حكم إذنه حكم من سرق بلا إذن
وإن صبيا أو مجنونا بحملها أو سرقا بها جميعا وقيمتها ثلاثة دراهم ولو سرق العبد
من موضع حجبه عنه سيده فقال مالك لا يقطع وقال في مختصر الوقار يقطع والأول
أشبه لأن للعبد شبهة في المال بالاتفاق قاله اللخمي وإنما سقط حد الردة والحرابة
بالتوبة ولم يسقط حد الزنى والزندقة والسحر والشارب لئلا يتهم أن يكون ذلك منهم
تحيلا لإسقاط الحد عنه لاستتاره بذلك قال تعالى فلما رأوا بأسنا قالوا آمنا بالله وحده
وقال تعالى حتى إذا أدركه الغرق قال آمنت وإنما قال في المدونة فيمن سرق سرقة
لرجلين وأحدهما غائب أنه يقطع ويقضى للحاضر بنصفها إن كانت مستهلكة
ثم إن قدم الغائب والسارق عديم فإن كان يوم القطع مليا بجميع القيمة رجع على
شريكه بنصف ما أخذ وقال في الأخ أن يقضي أحد الغرماء نصيبه والغريم مليء ثم قدم الغائب
أنه لا يدخل على المقتضي فيما أخذ لأن السارق لم يأتمنه أحد وتبعه على بقاء ما وجب
له في ذمته بكل وجه أن يوفى الغائب نصيب الآخر فلما جهل وقطع صار فيمته بغير
جائز فلم يبق للغائب رجوع فيه ولا كذلك في المسألة الأخرى لأنه متولي أتمن الغريم
على بقاء دينه في ذمته فالقسمة جائزة فلا رجوع للغائب على الغائب إذا حكم له به
الغائب بقبض نصيبه قاله ابن يونس وإنما قال ابن القاسم إذا أمر السارق بسرقة من سجن
وأقر بالسرقة أن إقراره بعد عبد أو بغيره لا يلزمه وإذا أقام عليه شاهد واحد أنه طلق
امرأته أو عتق عبده فيجب عليه اليمين فيشكل عنهما فيستحسن ابن الحاكم فيقع في اليمين
أن إقراره يلزمه والنكال إقرار في اليمين لأن الذي قام عليه شاهد واحد بكلا والعتاق
هو قادر على اليمين فإذا حلف لم يتعلق عليه شيء ولا ضرب بغير اختيار منه فإذا ثبت
فلم يعذر باليمين وإنه ضرب من إكراه إذ ذلك لا اختيار له فيه فيه بل الحاكم يجبره على الحلف
في سجنه وضربه حسبما يراه فيه وإنما اختص القطع بأخذ المال على وجه

السرقة

السرقة دون أخذه على وجه الغصب والاختلاس مع أن جميع أخذ مال الغير بغير
طيب نفس صاحبه لا يجوز لكن السرقة أشد لامتناع التوقي عن المال عندها بخلاف
الغصب والخلسة فاختص القطع بالسرقة دون غيرها لهذا السر وأيضا لو لم
يقطع في الغصب والخلسة بغيرهما ويقطع غيرهما بهما لأن الغصب والخلسة أقول
في ما رأيتهم المتعلقات فلا يقوم لو يغيرهما

فروق كتاب القذف

وإنما قال في المدونة إذا قال لأجنبية زنيت مكرهة أو زنيت وأنت نصرانية أو أمة
فعليه الحد وإن قال إنما زنيت في حال الصبا لم ينفعه ذلك لأن هذا لا يقع عليه
اسم زنى وإذا قال لزوجته زنيت وأنت مستكرهة وقال ذلك لأجنبية فإنه يلاعن الزوج
ويحد للأجنبية ولو جاء في هذا ببينة لم يحد وإن لم يلحقهما بالذي يستكره اسم الزنى لأن الذي
قال زنيت وأنت مستكرهة قد علم أنه لم يرد إلا أن يعيرها بأنها وطئت غصبا فهذا
قليل عندهم يعرف به فيحمل على الأخبار مع قيام البينة لا على الإنشاء والقذف وفي
كذلك في الآخر إذ لا يعرف بزنى الصبية أركان مثلت يوطئها لأن الصبي لا عار يلحقه
ولا كذلك الصبية وإنما قال في المدونة إذا قال سمعت فلانا يقول إنك زان أو
يقول لك فلان يا زان فإنه يحد إلا أن يقيم بينة على قول فلان وقال إذا نقل اثنان أو ثلاثة
عن أربعة لم يجز ذلك ويحد الشهود إلا أن يكملوا أربعة سواهم وإنما يجامع أن كل واحد قد
لزمه أن يأتي بالمخرج والآخذ حد القذف فجعله في هذه لا يخرجه من حد القذف إلا أربعة
وفي الأولى يخرجه من حد القذف اثنان لأن الذي يحكي عن فلان إنما يحكي عنه من غير تعريض
له وفي مسألة النقل إنما نقلوا عنهم على وجه التعريض لهم فيما قالوا وكان نقلهم
تعريضا فصاروا من أهل القذف فالذي أتوا به شهادة وأيضا النقلة عن أربعة إنما شهدوا
ليوجبوا حد الزنى ولا كذلك في الآخر لأنه يشهد بهذا ليوجب حد الزنى وإنما
قالوا إذا لاعن زوجته ثم قال لها كنت الآن صادقا فإنه يحد ويعاد وإذا قال لعفيف واحد
قد كنت الآن صادقا فلا حد عليه لأن القائل يعتبر الحد بما مضى ولم يبرأ لعله كان صادقا
قبل القذف إنما هو تكرير له وإذا قال كنت صادقا فهو كالقذف المبتدإ موجب
حده قاله ابن الكاتب وإنما قال في المدونة ومن قال لزوجته وجدتها مع رجل

[illegible]

في لحاف واحد وتجردت له او ضاجعته لم يلتعن لانه ازيد عن رؤية الفرج في الفرج
وقالوا لو قاله لاجنبية حد لان الزوجة لم يقل فيها ذلك مشافهة فيكون تعريضا
وانما قاله خبرا وهو مضطر الى نفي نسب من شربه لم يحد وهو كقوله لابن امته لا عمة
لست ابن فلان وفي رضا الزوج لو اراد ذكر نفيه ذلك لو ذكر اذ له مندوحة باللعان
وانه لو رد اعتبر ذلك لم يملك نفسه عن ذكره بحكم الغيرة وكطباع البشر فاذا كم
تم اذا كان ماد ونحو معهم وبدل عليه انه قال في كتاب محمد ولو انه انما نفى عليه
بالتعريض فان رايتما تزنيها للاعن قاله عياض وانما قال في المدونة ان نفي ما
ذكر الزوج من التجرد نفيا معوزا لا حدا نبا وقال اذا اشهد الشهود وكمل الاربعة الحجة
وقال الرابع رايته بين فخذيها حد الثلاثة ويعاقب الرابع لان الشهود في الرجم
جاءوا ليشهدوا على الزنا وانما مراد في هذه المسألة انما جاء ليشهد ابدا فلان الزوج
اذا ارادوا ان العقوبة حقت عليهم وانما قالوا اذا اشهد المقذوف عن حقه في القذف
ليقوم به حتى احبه انه يجوز له ذلك ويكون له ولورثته القيام به فان كانت الحرب
ولم يتفرغ من المقذوف اشهاد كان للمقذوف نفسه القيام بعد يمينه انه لم يسكت تلك
الحرب على الترك وانه كان ذلك منه على ان يقوم ان احب ولا قيام لورثته وقالوا اذا
سكت عن طلب دينه فلا احب حلفه وليوارثه القيام وان هلك ان فرق الجميع حوض
العفو لان لسان في الديوان للابتداء ولا كذلك في الحد عند قيل كثيرا من الناس يطلبه
ولا يستسرى كرمه ولا يحب ان يتحرى عنه انه تستر فلذا لم يذكر ذلك حتى قام عليه
على العادة الجارية من كثير من الناس قاله اللخمي وانما قال في المدونة فيمن قال
لعربي لست من العرب وان قال لفارسي يا رومي او يا حبشي او نحو هذا لم يحد لان غير
العرب لا يحفظون انسابهم قاله بعض الشيوخ وانما قالوا اذا قال لابن الاسود يا
بن ابيض يقول له يحد واذا قال لابن ابيض يا ابن الاسود يحد لان كلا منهما قد اضيف
الى غير ابيه لان ابيه اسود نزيد قال له اسود على سبيل التفاؤل كما يسمى اللديغ سليما
ويسمى الاعمى ابو بصير فلذلك لم يحد قاله اللخمي وانما قال في المدونة اذا
قذف رجلا ثم ارتد المقذوف لم يحد القاذف وسوى بين انه لا يحد قاذفه وزاد اذا قتل فهو فيها
ثم اسلم القاذف انه يقتل به وانه شبه كلمة في الجناية بمثل الكافر

الزنا

الذي اسلم ويحد القاذف لهذا الذي ارتد او يداعى يوم القيامة فلا يقتل الذي
اسلم كان يحد القاذف لهذا لان المقذوف ارتد حبط عمله بنفس ارتداده فكان
كالكافر الذي هو على قدر كشف الغيب انه لم يزل مرتدا ولا يجب ان يقال في الذي اسلم
لما اسلم كشف الغيب انه لم يزل مسلما وايضا فموجب القذف للمقذوف فلما ارتد
سقطت حرمته ولا كذلك في القاتل الذي اسلم فان ذلك هو عليه لغيره وقد
يسقط استسلامه حق الغير فاعتبر ذلك فتنبيه ومثله في الذمي واما الحربي
اذا قذف مسلما في بلد الحرب او قتله ثم اسلم فان ذلك كله موضوع عنه
والذمي مثله

فصـــل وكتاب الجنايات

واما قالوا اذا سب الله تعالى او رسوله صلى الله عليه وسلم مسلم قد
ولا يستتاب بالقتل واختلف اذا سب الله ورسوله كافر بغير ما به كفر ثم
اسلم هل يقتل او لا والجميع سب لان الكافر يعلم منه اعتقاد ذلك وانما يقتل
على الاظهار والاستهزاء ولا كذلك المسلم فانه يعلم منه اعتقاد عظمته صلى الله
عليه وسلم فسبه له دلالة على ردته فلذلك افترقا واما قالوا فيمن قتل
له ولي في الحرابة لا يجوز له العفو عن قاتله واذا قتل له في غير حرابة فله العفو
والعفو لان الحرابة صار حقا لله عز وجل لا للادمي بعينه من قبل ان
المحارب انما قصد الجملة لا انه عين قتل من قتل بسبب ذلك الواحد بعينه لانه
انما يريد القتل من اجل اخذ المال للعداوة فصار ضررا عاما عن عمد من قصد
قتل واحد بعينه فيكون امره الى وليه واما المحارب الى الامام فلا لانه لم يقصد
واحدا بعينه فيفوض لوليه فيه وانما يقتل الزنديق والزنديق هو الذي يظهر الاسلام ويسر الكفر
ولا يستتاب ولا يقتل المرتد الا بعد الاستتابة والجميع ردة لان توبة المرتد تعلم
بظاهر الكلام ولا كذلك الزنديق فلما لا يتوصل الى العلم بتوبته لانه لم يزل على
ذلك وهذا الحكم في كل شيء يفعله اذا اخذ فان توبته لا تنفع عنه الحد كالسارق
والزاني بخلاف المرتد والمحارب اذا تاب عن فعل زنته قبل القدرة عليه وانما
اباحوا الكفر للساحر بالاكراه حفظا للدماء مع كونه من اعظم الكبائر ولم يبيحوا القتل
والزنى واللواط بالاكراه مع كونها معاصي دونه لان فيه الرخصة عن كلمة الكفر

حق لله تعالى وحده والمترتب عن الزنى والقتل واللواط هو لله ولعباده فمفسدة
ابن محرز وأيضا يمكن أن يقال ومفسدة القتل والزنى واللواط متحققة ومفسدة
الكفر ابن فرحون وابن عات تتحقق لأن مفسدتها من الاستهزاء وإن صغار والكفر نفس
مستنكرة ولا محقق إذ لا يتحقق ذلك مع الإكراه وأيضا الإكراه على الكفر أمر
غالب والإكراه على غيره من القتل والزنى واللواط نادر وإنما قال بعض
شيوخ اللخمي في أم الولد تجني جنايات وكانت قيمتها أقل من الجنايات أن القيمة
تكون بين المجني عليهم بالسواء لأنه لو انفرد أحدهم كان له جميعها فلا يزيد الأكثر
على الأقل وفي المجلس يتخذه عن غرماء فيما يوجد له وإن كان أقل الديون يغترق
ما يوجد له وفي كلا الموضعين لو انفرد صاحب الأقل لكان الجميع له لأن وجد مثله
المجلس يتقرر في ذمته ويفلس من أجل ما أسلمه إليه كل واحد من الغرماء وأيضا
الغريم له ذمة تتبع بعد ذلك ولا كذلك أم الولد قاله اللخمي رحمه الله وإنما
قال سحنون في أم الولد تقتل سيدها عمدا إنها تقتل به فإن عفا عنها أولياء القتيل
عتقت ولم تتبع وإن جنت بالرجل عمدا فاعفرتها من العتق الفور وقال في المدبرة تقتل
تقتل سيدها عمدا ويعفو الابن وأولياء عنها والجميع جناية عمد فيه عفو عن حرية
لأن المدبرة تعتق من الثلث ويلحقها الدين ويتسلط عليها الغرماء قاله ابن رشد
رحمه الله وإنما قال في المدونة إذا جنت أمة ثم وطئها السيد فحملت أن لم يعلم
بالجناية أدى الأقل من قيمتها يوم حملت وابن رشد وقال في أم الولد يودي الأقل
من قيمتها أو الأرش يوم الحكم لأن الأمة كانت يوم الجناية ممن تسلم ولا كذلك
أم الولد فإنها لم تكن يوم الجناية ممن تسلم فلذلك اعتبر يوم الحكم فيها وإنما
قال إذا جنت أمة فوطئها فحملت أن لم يعلم بالجناية فعليه الأقل من قيمتها أو الأرش
فإن لم يكن له مال اتبع به وقال إذا علم بالجناية وأعتقها وهو عديم رد العتق
مع أن الإيلاد أقوى من العتق لأن الإيلاد عنده أقوى ولا تتعلق به أحكام فيها حق
الولد الآخر وكيف اختلف قوله في الأمة المستغرقة على ثلاثة أقوال فجعل في القولين
الأولين القيمة وفي الثالث يأخذها وقيمة الولد ولم يختلف قوله في العتق وشبهه
يأخذه قاله الشيخ أبو الحسن وإنما افترق القياس وغيرها في هبة الأمة الموهوبة

صح وقال

صح يفعل

بعد

بعد الجناية ثم حملت انها تقوم بما لها ان كان لها مال واختلفوا في تقويم ام الولد
بمالها لان الامة تعلقت الجناية برقبتها وقيمتها والولد الذي حملت فيه
حادث منع من رقبتها فلا يدرى يقال كم قيمتها بما لها لان الرقبة وان كان قد وجب
ان يسلمها وام الولد الجناية وانما قال من جهة جنت ممنوعة من رقبتها فهو لا ذكر لها
في تقويمها بمالها لذلك قاله عبد الحق وانظر ما قال في المدونة اذا وطئ بعد علمه
بالجناية يلزمه الارش بالغا ما بلغ ولم يقل يحلف انه لم يقصد التزام الارش
وقال اذا اعتق العبد بعد الجناية يحلف فافهم تحمل الارش ثم لا يلزمه لان العبد
اذا اعتقه بعد الجناية يحتج بان يقول اردت ان تكون [illegible] وعلى ان الارش في ذمته
ولا كذلك في الوطء لانها بعد حملها [illegible] فلا يمكن ان يتبعها فلا فقال
له قاله عبد الحق رحمه الله تعالى قيمتها قال ابن يونس انما التزم هنا جميع
الارش لانه منع بوطئه من اسلامها وكانه رضي بافتكاكها بالارش انتهى
قال في المدونة اذا وجب تسليم الامة وقد حملت يكون الولد عن سيدها وعليه بالجناية
لا شيء عليه في قيمة الولد واذا وطئ ابن من تركة ابيه امة فحملت [illegible]
فانه يلزمه قيمة الولد لان في هذا الجناية وحدها في الامة لا تسلم في الجناية
بولدها وان كان حادثا بعد جنايتها وتباع في الدين مع ولدها فلذلك افترقا
قاله عبد الحق وانظر ما قال في المدونة في الزكاة ووطئ الامة من تركة ابيه
فحملت انها عليه الاقل من قيمتها او الدين وان كان [illegible] بالدين يلزم الدين
كله وفرق في الامة الجانية يكون ما [illegible] على ما بالجناية يلزمه الارش كله
لان الدين لا يتعلق بعينها خاصة وانما حكم ذلك ان يباع ويدفع للغرماء ثمنها فاذا
كان ثمنها اقل من الدين يعود الزائد على الغرماء فلا يلزمه غيره واذا كان الدين اقل
فلا حجة لهم واما الجناية فهي متعلقة بالرقبة ولو هلكت الرقبة بطلت فاذا
وطئ علم بجنايتها عد ذلك منه رضى بتحمل ما تعلق بعينها من الارش قاله عبد
الحق وانظر ما قال في المدونة اذا عفى عن العمد القاتل عمدا على ان تؤخذ منه الدية لا
يجوز واذا عفى عن العمد القاتل عمدا على ان يؤخذ كان ذلك للعاقلة [illegible]
اسلامه وافتكاكه بالارش ووقع انه في كلا المسئلتين انما وجب له الدم لان العبد سلعة

ملك فلما جاز قتله واتلافه على سيده جاز استرقاقه وعن وجه عن ملك سيده واحد
لا يملك فلا يجوز اخذ ماله الا بطوع منه وايضا فانه يقول اوده فداهم وان قد فاه
لورثتي والعبد لا حكم له في نفسه فلا حجة لسيده لان قتله واخذه عليه سواء الا ان
يدفع الارش فلا حجة لورثة المقتول لانهم لو دفعوا عنه القود جاز فعله كما يمكنا ولا
يستقيم ذلك في الحر لانه كان تكون الدية على عاقلته ومتى لا تحمل شيئا من عمده فافترقا
مفترقين فالعبد غير الحر وانما قال في المدونة ليس لغرماء المكاتب والعبد في قيمتهما اذا قتلا
شيء وقال في الحر يقتل ويعفوا اولياؤه على الدية انما تورث على الفرائض ويقضى منها دينه
بان الدية عوض عن الغرض المطلوب فيما لا الحر بعد ان ملك الدية في اخر جزء من اجزاء
حياته لانه ممن يصح منه الملك ولا يملك العبد والمكاتب فانما هو لا يصح ان يقدر ذلك فيهما
وانما قال في المدونة اذا جنى عبد ومكاتبه او عبده على مال يكون عليهما دينا ثم ماتا الا برضى
السيد في الغرماء وشيء [illegible] الذمة وقال من عليه دين من له شيء حنانة ان لا يجاوز الجنى عليه
فيما بينه الغرماء وهذا ليس اهله من [illegible] ولا فرق لان دين الجاني انما هو بسبب جناية التي هي
فعله فاشبه ما استقر به من دين والجاني بعلاقاته وما جنى عليه عبد عبده ومكاتبه قال ابن الشيد
الغرماء عليه واوجبه في ذمته لا منع للعبد فيه بعد حكم الجناية لهذا المعنى فانه عبد الحر
وايضا عبد عبده على مال يكون عليه ككتابته اياه وكما لا يجوز هذا قاله ابن يونس تنبيه
نبه الشيخ ابو الحسن رحمه الله عن ابن يونس قائلا وفي هذا نظر لان هذا انما يجي في الذمة لما جنى
عنه والكتابة لم تبق ثابتة في الذمة الاقوى ان الحمالة لا تجوز بها لان ذلك يجيبهما في الذمة
فاذا جنى عن المكاتب جازت الحمالة وصار دينا ثابتا والله اعلم وانما قال في اول كتاب
الجنايات واذا قتل العبد رجلا له وليان فعفى احدهما ثم قال عفوت وكان حظي في العبد لم
يصدق الا ببينة وقال في ام كتاب العارية ومن ركب دابة رجل الى بلد وادعى انه انما
اعاره اياها وقال ربها اكتريتها منه فالقول قول ربها الا ان يكون مثله لا يكري دابته لكرم الروم
لشرفه وقدره والجامع انه في كلا المسالتين ادعى عليه المعروف وهو منكر لان العفو في مسالة
الجنايات بالاضافة انما هو العفو والعفو اسقاط وهو ليس من عمد العبد على غيره فالمدعي يدعي
ما يشبه من السؤال والبيع على غير مال ولا كذلك مسالة العارية اذ هي تنبيه
قال بعض الشيوخ لقائل ان يقول هذا العفو انما يصح لو كانت المسالة في العمد فيه واما عمر

المدونة

وكذا في المدونة عمدا أو خطأ وقد تعذر أن الخطأ ما يجب فيه العقل ومنه فيه مدخل للانظار والله
أعلم وأستغفر الله من تطفلي على هذا الكتاب مثل ما في وشرح الغاربة من سماع عيسى من كتاب الدعوى والصلح
فيمن أتى إلى رجل فقال اعطني ثمن جاريتي التي بعتها منك وقد ولدت من المشتري وقال المشتري رجل
زوجتني أباها قال ابن القاسم إن كان قبله لا يتزوج الإماء لشرفه وحسبه فالقول قول
ربها ويقضى له بالثمن وإن كان ممن يتزوج الإماء لم يلزمه الثمن وانظر ما في المدونة ومن
جنى عبده جناية فقال أبيعه وأدفع الأرش من ثمنه فليس له ذلك إلا أن يضمن وهو ثقة مأمون
أو يأتي بضامن ثقة وقال الواشتروي جاز لاجنبي ولم يدفع ثمنها وهو مليء لدفعهما بغير رضى
الجاني وأرجع فليس المشتري لأن الجناية تعلقت بعين العبد وإذا اصطلحت تجوزه ولا كذلك
الثمن فإن متعلقه الذمة فلما اختلف المحل اختلف الحكم كذلك قاله ابن عرفة تنبيه وقد
لم يفهم هذا الفرع عن الشيخ الفاضل الفقيه الجليل أبي عبد الله محمد بن عبد السلام التونسي رحمه
الله أجرى مسألة المشتري على مسألة الجناية فيجوز إذا كان ثقة مأمونا ولا يجوز إن كان على
خلاف ذلك والله أعلم وانظر ما في المدونة ومن أخدم رجلا عبده سنين معلومة أو حياة
الرجل فجنى العبد خير مالك رقبته فإن فداه بقي في خدمته وإن أبى خير المخدم فإن فداه خدمه فإذا
تمت خدمته فإن دفع إليه السيد ما فداه به أخذه وإلا أسلمه إلى المخدوم رقا وقال بإثر هذا
وأما الموصى بخدمته لرجل سنة وبرقبته لآخر والثلث يحمله فإن جنى فإن صاحب الخدمة يبدأ
في كالأول المسئلتين العبد الجاني رقبته لآخر فإنما يبدأ بصاحب الرقبة فيهما أولا فيهما
لأن صاحب الرقبة إنما قدم في الأولى لسبقية عقده وسواها الله ملكه له وهو ها هنا بوعد الخدمة
وصاحب الرقبة في الثانية بسبب عقد واحد فلا يلزم من تقديم ذي الرقبة في الأولى كونه كذلك
في الثانية تنبيه ولأجل كثير من هذا الفرع رد بعض من أدركت من الأشياخ على الفقيه أبي الوليد
ابن رشد رحمه الله تخريجه تقديم ذي الرقبة من الثانية في الأولى وتخريج تقديم ذي الرقبة في
الثانية من الأولى وانظر ما في كتاب الجنايات إذا جنى المدبر في حياة سيده وعلى سيده
دين يغترق قيمة المدبر ولا يغترق فيما فإذا قام الجناية أصحاب خدمته إلا أن يدفع البيع الغرماء
إذ رد قبل خدمته ويؤاجروه حتى يستوفوا ديتهم فإن لم يأخذه الغرماء وأسلم للمجني عليه
بخدمته ثم مات السيد وعليه دين يغترق قيمة المدبر كعادة الدين والجناية وبطلت تبع عند
ذلك ويبدأ بالبيع للجناية ثم للدين ثم عتق ثلث ما بقي وإن كان للأجنبي في قيمته عتق شطرها

أو قيمة أقل منها قبل الغرماء لأن الجناية أقوى منهم لأنهم لو بدروا على قيمة الجناية
فيما غرموه وحيث غرم الجاني بقدر الذي زاد ثمن ذلك لكم ثم إن ما عوضه بعد ذلك كان فيه للأمين
السيد على ما قسمه في المدونة وقال في كتاب العيوب وإذا وجد أحد المبتاع بعبد
المبتاع بعد أن فلس كان أحق بهذا الأرش يحاصر به بقيمة الغرماء جميع الثمن وفعلوا ثم
ملكت الأمة قبل أن تباع كانت من الحرائر وعليه خمسا ربعه وله ربعها مع أن في كل
منهما جزاء رقبة تعلق حق الغير بها فيهما فجعل النقص هناك عليه وهنا عليهم
لأن الغرماء في العيوب أخذوا عنه ما لزمه ولا كذلك هنا إذ لم يؤده وإنما هنا
لزمه لا فيما تعلقت برقبة العبد فلذا جعلت حقا لا جناية غيره وإنما لم يجعل في
المدونة للغرماء في مسألة الجنايات المتقدمة مقالا إذ في الزيادة على قيمة الجناية
بعد زمنها وفي مسألة التفليس لم يشترط الزيادة على الثمن مع أن الغرماء في كلا
المسألتين استلزام دفعهم حق ما تعلق به حق غيرهم لأن الجناية تعلقت بعين الرقبة
والذي لم يتعين المجني عليه ولا كذلك الثمن في مسألة التفليس فإنه تعلق بالذمة
وإذا لو اختار صاحب السلعة المحاصة لكان معنا أن المحاص تحل عليه بالخ مالك
قال ابن عرفة رحمه الله فنبه شيخنا القاضي الحافظ أبو عبد الله بن عبد
السلام رحمه الله بأن الغرماء بدل الزيادة هنا ينبغي بما المحرر فيكون التعلق
بالعين ومقابله الذي في المحرر هنا بمنزلة المشتري وانه شنيع كما يقال البيع
وأجاب ابن عرفة رحمه الله بأن المشتري لما خرج من يده ثمن لم يكن قادرا في دفعه له
من غير زيادة عليه ولم يحصل هنا فعلا وقد يكون المحرر والمجني عليه فلا يرضى
زيادة على أرش جنايته بترجيح بما الذي زاد عليه وانظر لم قال ابن القاسم
في فرع مسألة المحرر متروك لو أن شغل الغرماء ذمته كان السيد كمن لم يكن عليه دين
ويعتق ثلث المدبر وقال في الزكاة لا زكاة على الموهوب له الدين حتى يتم له حول من
الهبة ولم يجعله كأنه ملكه أول الحول وجعله هنا كأنه لم يكن وفي كلا الفرعين
اشتغال هو للشيء تعذر وجوبه فيما قبل أهله ولعل الفرق قوة تشوف الشرع إلى
العتق بخلاف الزكاة.

فروق كتاب الجراحات

وإنما قال مالك إذا أقر بقتل الخطأ ثم رجع عن إقراره يقبل منه وإذا أقر بقتل العمد
لم يقبل منه وفي كلا الموضعين معتبر رجوع عن إقراره لأن المستحق في قتل الخطأ الدية والدية
إنما تجب على غير القاتل وهم العصبة فكان إقراره إنما هو على غيره فكان كالشاهد على
الغير فإذا رجع قبل منه لأنه كالشاهد إذا رجع عن شهادته والشاهد وقاتل العمد فيه
القود والقود إنما يشتمل على القاتل لا على الأقربين كان إقراره على نفسه فلم يقبل الرجوع
عنه لأنه إقرار على نفسه فلا يقبل منه الرجوع إلا أن يكون له وجه في ذلك وإنما
قال مالك الواجب في شجاج العبد الأربع فيهما بقدر ما في الحر من ديته وفيما عدا هذه
من الجراح ما نقص من قيمته وفي كلا الموضعين معتبر من جراح العبد لأن من الجراح الأربع
ما كان فيها شيء مسمى في الحر وجب أن يكون ذلك فيها في العبد وأيضا فإنا لو لم
نعتبر ذلك في الجراح الأربع ربما تبرأ وتزول حتى كأن لم تكن وليس كذلك ما عداها
من الجراح لا تبرأ على [؟] فربما برئت وإن برئت فإنما [؟] بالشين وإنما أوجب مالك الدية
في الأنف وإن بقي الشم ولم يوجبها في الأذن في الصحيح عنده إلا بذهاب السمع
لأن الأذن قد يواريها الشعر والعمامة والقلنسوة ولا كذلك الأنف فإن شين الوجه
به أشد وأكثر ولا يواري به شيء وإنما قال مالك والواجب في عين الأعور الدية كاملة
والواجب في [؟] البصير إذا كانت الأخرى قد [؟] عنه أو شلاء نصف الدية وفي الجميع تجب
في كل واحد من العضوين من سلامة العضو الآخر لأن المنفعة توجد بأحد العينين كوجودها
بالجميع فإذا أتلف عليه منفعتهما فكأنه أتلف منفعة كاملة توجد بالعينين فوجبت
الدية كاملة لأن المنفعة كاملة وليس كذلك اليدان لأن المنفعة لا توجد بأحدهما كوجودها
بهما فلذلك لم يجب فيه إلا نصف الدية في إتلاف أحدهما لأنه لم يتلف عليه إلا نصف
المنفعة دون المنفعة الكاملة وإنما لم تحمل العاقلة أقل من الثلث وحملت الثلث فصاعدا
إذا كان خطأ لأن الجراحات اليسيرة مما تكثر ولا يكاد الناس ينفكون عنها فلو جعلت على
العاقلة لأضر بهم ذلك فيما يرجع إلى كثرة الجنايات عند وقوع تلك الجراحات وما في ا
[illegible] أن قليل الجوائح لا توضع إذ لا ينفك الثمار من سقوط بعض الثمار وأكله
الطير والرياح ووضع القليل من ذلك وإنما قال مالك إذا اختلف أولياء المقتول
فقال بعضهم قتل خطأ وقال بعضهم لا علم لنا كان لمن ادعى قتل الخطأ أن يقسموا ويستحقوا

نصيبه من الدية وإذا قال بعضهم قتل عمدا وقال بعضهم لا علم لنا لم يكن لمن ادعى القتل
عمدا أن يحلفوا ويستحقوا الدم وفي كلام اللخمي عن ابن القاسم خلاف فوجه الأول قتلا خطأ ما لم يجز في
العمد لأن العمد إنما يراد لأخذ القود وهو لا يتبعض والخطأ إنما يراد لأخذ الدية وهي قابلة
بعض تبعيضها فكان لكل واحد من الأولياء أن يحلف ويستحق نصيبه من الدية لأنه إنما
يحلف على ما يستحق بمنزلة جماعة لهم قبل إنسان دين توجهت عليهم اليمين فإن لكل أن يحلف
ويستحق نصيبه وليس كذلك العمد لأن الواجب فيه القود والقود لا يستحق إلا
باجتماع الأولياء وأما إذا قلنا يقبل قول الميت دمي عند فلان ويكون لوثا يوجب
القسامة ولا يقبل قوله عند موته لي عند فلان مال ولا يحلف الورثة بقوله مع أنه في كلتا
الصورتين مدع عند الموت لأن قلبه مراقبة للموت ومن ينكر الاجتراء عليها ومنع اليمين
أقوى من قول الشاهد لأنه عند الموت أخوف وأكثر احتياطا في التحلل من أصحاب لم يتعد
بدعوى على غيره دماء فتسقط ويقوم مقامهم الأحرار وهو قوله بالقسامة التي هي أغلظ
الأيمان ولا يشبه ذلك دعوى المال لأنه يمكنه أن يدعيه ليقطع فيه المال لغيره له فيه
ذنبهما للأول قال ابن العطار رحمه الله ولقد استشكل جماعة مذهب مالك رحمه الله
أهل الشر والبطالة على أهل الرفاهية ولا تقبل ولا الصيانة وجعلوا التوبة جنة لهم
والرية يحملون بها الحقوق وإذا طلب الرجل منهم من يراه بوجه من وجوه الحق أمر أو صح
وقال فلان قتلني أو دمي عند فلان حتى يعتذر الطالب بالدين إليه عنده لأنه يصير وهو يسعى
الهلاك في تلك حجة أخرى ولو قال أورع الناس في مرضه فلان أمر عمه في عند فلان درهم
واحد لم يصدق ولم يؤخذ بقوله وإنما يجب عليه اليمين في إنكاره ولو قال فلان مالا لا يصدق
في مثل هذا إلا أنه القتل الحقيقي والورع الحقيقي إذا ادعوا على من لا يختار الكتابة أو تقرب
منه التهمة لكان فيه ما من الحق لا قال شهاب الدين القرافي رحمه الله في التنبيه
الثالث من الجزء الثامن والثلاثين وإنما تبين خولفت فاعرف أن الدعاوي في خمسة مواطن يقبل
فيها قول الطالب أحدها اللعان يقبل فيه قول الزوج لأن العادة أن الرجل ينفي عن
زوجته الفواحش بجهده أقدم على رميها بالفاحشة مع أيمانه أيمانا غير مقبولة مع الشرع وثانيها
القسامة يقبل فيها قول الطالب لترجحه باللوث وثالثها قبول قول الأمناء في التلف
لئلا يزهد الناس في قبول الأمانات فيفوت مصالحها المترتبة على حفظ الأمانات فإنه

وهذا بخلاف قول الحاكم في التجريح والتعديل ونحوهما من الأحكام فإنه لا تفوت
المصلحة المترتبة على الولاية للأحكام وكذا منها قبول قول القاضي في التلف مع
يمينه للضرورة الحاجية فإنه لا يخلو في الغالب من الأمين فقد يكون أمينا من جهة مستحق الأمانة
ومن جهة الشرع والملتقط ومن ألقت الريح ثوبا في بيته وإنما قالوا لا يقسم إلا
أولياء في قول الميت قتلني فلان وحكموا أنه شاهد وفي العمد بخمسين شاهدا وأما في
قول الميت في الخطأ يجري عند من يجري الشهادة لأنه شاهد على الغافلة والشاهد لا ينقل
عنه أنه إنما يختلف في العمد فإن المقتول إنما يطلب بثبوت الحكم ولو شهد على إقراره بذلك شاهد
واحد كان المقتول والله أعلم وإنما لم يجعلوا للولي الزام أخذ الدية وجعلوا له استحياء
العبد القاتل وتملكه وإن كره السيد إلا أن يفتكه بالدية لأن الجاني يكره أن يتحمل فيستبد
فلا يجوز الزام ذلك لمحلول الذمة مما يشغلها وإذا أجبنا على أخذ العبد فإنه لا تشغل
ذمة العبد بشيء ولا ضرر في ذلك أيضا على سيد فإن الولي لو أراد قتله لم يكن للسيد حجة
في بقاء عبده واستقرار ملكه فإذا عفي على أخذه فإنه لم يتضرر السيد بذلك فوجب أن
يتمكن من منع الولي من استحيائه بدلا من ثمنه فإنه فيستحق ومحل هذا إذا ثبت القتل ببينة وأما
إذا لم يكن إلا إقرار العبد لم يلزم العفو على الأخذ لتهمة السيد في الإقرار حذرا أن يكون أراد
تملك العبد من السيد فليتأمل الحال قتلا أو جرحا وإنما قالوا إذا نكل مدعوا الدم عن
القسامة مع قول الميت دمي عند فلان أو مع شاهد واحد على القتل ردت الأيمان على المدعى
عليه فنكلوا أو حبسوا ثم أقروا بالقتل أنهم يقتلون وإذا كانت القسامة بجرح أو ضرب ثم مات
يحلف [illegible] وقام من جرحه مات فإن نكل حبس حتى يحلف فإن حلف ضرب مائة وحبس عاما
وإن لم يحلف واعترف أنه من ضربه مات لم يقتل ولا يبرأ يحلف لأن المعنى في الإقرار مع قول
الميت قتلني أو مع شاهد واحد على القتل محقق بينه ولا كذلك في الثاني لأنه إنما تحقق فيه الجرح
والضرب مع احتمال أن يكون مات من غيره فتنبيه يجب على هذا التعليل أن يضرب أولا ويحبس
عاما ولا يطلب اعترافه إذ لا يقتل به ولا تشرع أيمانه لا اعترافه لأنه لا ينفع ويكتفي بنكوله عن
الأيمان ولهذا قال أشهب وابن عبد الحكم وأصبغ لا يحبس لأنه ما عوقب بنكوله وإنما قالوا
إذا قبل فإنه لا يقتل بالقسامة إلا واحد [illegible] على معين ومن الزيدين الأولياء فيقتله وإذا كان
اللوث على جماعة في الخطأ فلا يقسم الأولياء إلا على جميعهم وتوزع الدية على عواقل

جميعهم لان من حق كل واحد منهم في القصاص ان يقول القود منا اجمعين فلا تقصروا على قتلي بالدية
ولا حجة لمن عينوه في العمد لان الواجب في القسامة لضعفها عن البينة والاقرار ان يستحق
بها للقتل اكثر من واحد فاقتصروا لذلك والله اعلم وانما قتل الابن بالغلام في الجبر اذا
استشهد انه غاولم يتراخ الموت فالدية بقسامة وفي الكبير اذا لم يتراخ فالقود وفي العمد
والدية في الخطأ بغير قسامة لان الجواز لضعفه يخشى عليه الموت بادنى الاسباب
ولا كذلك الكبير وانما اوجبوا في جنين الامة عشر قيمة الام ولم يوجبوا في جنين البهائم
الا ما نقص من قيمة امه لان للادميين مزية وشرفة على غيرهما وان كان في جنين الحرة الغرة
والامة عشر جزاء امه لاجل الحرمة والله اعلم وانما وجبت الدية او العقوبة على
الزوج اذا اقتضى زوجته ولا يجب على الزاني بها لكونها طائعة لان الزاني بها فلما شغفها
حقها بتمكينها من نفسها بخلاف ذات الزوج فانها مجبورة على التمكين شرعا ولا كذلك
الاجنبية فانه يجب عليها منعه فلذلك افترقا وانما لا يتزوج امراة في عدتها تحت
المهر ويتزوج امراة البكارة لا يكون الوطء الا بازالتها ولا كذلك الابتداء والله سبحانه
اعلم وانما اوجبوا اليمين على زوج المراة اذا ادعى عليه القاتل العفو بخلاف الدعوى ولم
يجيزوها في دعوى المراة الطلاق على زوجها والعبد على سيده الحرية وفي كل منهما دعوى
يشرع لان القتل امر نادر ولا كذلك الطلاق والعتق فانهما يتكرران فلو الزمنا اليمين
للزوج والسيد كلما ادعت المراة الطلاق والعبد الحرية لادى ذلك الى عموم الحرج وانما
تؤخر الحد الذي في قطع ابدا للقصاص ولا تؤخر في قطعها للحرابة لان حد الحرابة اما
القطع واما القتل ولا كذلك غيره لان حده انما هو القطع فقط وانما يعفو السلطان
يستحق النفس على المشهور ولا يعفو مستحق الدم اتفاقا مع ان الجميع قصاص لان المجني
عليه لو لم يكن القصاص حمله الغيظ وشدة الحنق والعزم على المشقة على الزيادة في
المثلة ولا كذلك القتل وانما قالوا اذا جنى صاحب اللسان الابكم والاعمى على البصير
انه لا يكون للبصير عليهما الا العقل على البصير من القول وان جنى صاحب اليد الشلاء
على اليد الصحيحة لم يكن للصحيح على ذي اليد الشلاء الا العقل اتفاقا لان في العين العميا
جمالا وفي لسان الابكم ابدا خشا منه والنوم ولا كذلك اليد الشلاء فلذلك افترقا وانما
قال مالك باعتبار جراح العبد بعد البرء بقيمته ولم يقل ذلك في موضحته ومنقلته

وعلى موضحة وجائفة لأن شيئا من الجراحات اذا برئت نقصها ثابت قائم ومنفعة الاعضاء
اذا برئت عادت لهيئتها ولم تنقص من العين شيئا فلو رد عين من ضرب فذهب ذلك الى
ذهاب جناية الجاني ولم يتعلق عليه من اجلها شيء فلم يكن بد من عقل الجفر الذي ذكر
فاذا عثر الحي وانما يفتقر ليبرى من العين والكامل في النقص ولا يفصل منها في الكره
لأن الكره العين والكامل بالخ فيما به الى كعرف الحي المسلم بجناية في البرء السلاء او الناقصة
نقصها فاكثيرا فلا بد من فتستوي في البرء الكاملة والا في المجروح بذلك فان ذلك لا
يكون في معنى القصاص بل في معنى العذاب واما النفوس فلما ينصور فيها الناقص والكامل
لا يستويا الحر بالعبد والصحيح والمريض غيره فلم يكن قتل الكافر بالمسلم ولا العبد بالحر
من باب القتل والعذاب بل جار على ابواب القود ولا ينعكس حتى يقتل الحر بالعبد
ولا المسلم بالكافر ولهذا الى التفاوت في الدين وهو غاية في الخسر فتنبه له فقد حار
جماعة من اهل بلدنا في هذه الكتبة الى ترجيح قول ابن الجهم حيث ورد عن ابن عمر ذلك وقالوا لا فرق
بين النقص والكره وان الكامل والعبد يقتل بالحر والكافر بالمسلم وكذلك ينبغي ان يكون
في الأكره فيمن [illegible] الحر ان يقتص منه او ياخذ من دية الجرح الا ان يعفو سيده وكلا منهم
فوق جعل ولا كره العبد [illegible] ما قد وانما قال ابن القاسم في السن تطرح خطأ ثم
ترد فتثبت بعد وابطالتي عقلها تاما وقال في الاذن اذا ردت في الخطأ فثبتت لا دية فيها
لأن الاذن اذا ردت استمسكت وعادت لهيئتها وهو فيها الروح والسن لا يجري فيها دمها
ولا ترجع كما كانت وانما ترد للجمال وانما قالوا اذا اخذ في العين ما فيه وفرأ خذ دية
الدية فبرأ او [illegible] عليه ردها واذا رد السن في الخطأ كان له العقل لأن السن لا يكاد
يعود الى هيئته ولا يرجع الى قوته وهو قد سقط وزال عن موضعه حقيقة واما الشافعي
فلم يذهب عنه النقص وان ثبت لم يجد ما فاتنا فزال الماتن ورجع الى حاله في التكفير
لحقنا معنى وانما قال ابن القاسم لا يشكر بالعين البراقة اذا نقصا السنة ويتكسر
انقصا ومنها بالعين المنسفحة لأن انقسامها [illegible] لا بد من بريئة فيشكل في ذلك واما العين
البراقة بعد تبقى على حالها تزع ابدا وهو موجود في الناس من لا برى ومع عينه ابيضت
فلم يشكل فيها شيء بعد مرور العضو الاربع عليها وانما قال ابن القاسم في
العين يعرض عقلها ثم يذهب البياض بعد العقل وقال في الرابعة تغلب بعض الشعر

وانما قالوا في العين اذا زال بياضها

قيمتهما ثم تؤخذ انهما ذكور ذلك لأن الرابعة ادوشاء بجعل قيمتهما وانما قال في
المدونة اذا قطع يمين رجل وكان يمين له او له يمين شلاء ودينهما في ماله لا على عاقلته وقال في
المدونة وانما يعد دينهما على عاقلته والجامع ان كل واحد منهما جراحة عمدا ان يقع
القصاص فوجب ان تكون في مال الجاني لأن الجاني في المدونة موضعهما قائم ولا قود
فيهما ولا كذلك اليد وانما قال في المدونة اذا قلعت سن الصبي لم يراد يستفظ بعقل
الا ان عاد الكبير ويكافئه لم يسقط له شيء بخلاف الكبير وانما قال في المدونة في سن
الصبي اذا قلعت عمدا انه ينتظر فيها بأيسر من قبليتها وفي سن الكبير يقتص من غير استيناء
لان سن الصبي تنبت وسن الكبير لا تنبت اذا انزعت فاذا لم تنبت سن الصبي بعدها صار مثل سن
الكبير فوجب القصاص وانما قبلت تزكية المرأة والمسخوط ولم تقبل تزكية الصبي
الصبي والعبد والنصراني لأن المرأة والمسخوط لهما اهلية الشهادة ومن عندنا تجوز شهادته تعد
وقد يعدلان في وقت آخر وكذلك المرأة تجوز شهادتها في بعض الأموال فلذلك قبلت
تزكيتهما والصبي والعبد والنصراني بخلاف ذلك تنبيه مر في المدونة ان الصبي
والمرأة والمسخوط ان الصبي اذا اقام شاهدا واحدا على حقه لم يحلف مع شاهده فان
ولو ان المرأة والمسخوط اذا اقاما شاهدا واحدا على حقهما حلفا مع شاهدهما وثبت
حقهما وهذا العبد وعكسه كما تراه بالعبد والنصراني فانهما يحلفان مع شاهدهما ولا تقبل
تزكيتهما والله اعلم وانما قال في المدونة اذا قطع اشل اليمين يمين رجل له العقل ولا
قصاص له واذا قطع يمين رجل وعينه فقطع ثلثا الكف او ثلاثة اصابع منها انه مخير
في القصاص او اخذ العقل لأن اليد الشلاء كالميتة لا منفعة فيها وليس فيه من المقطوع
يده واما التي قطعت اصابعها وكفه يغني منها عن كثير من المقطوع عنه يده فان شاء اخذ
فلذلك افترقا قاله ابو عمران وانما قال الغير يقتل بالقسامة ازيد من واحد ولم يقل
بوجوب الدية الكاملة على عاقلة كل واحد من الجماعة بالقسامة لأن قتل الجماعة بالواحد
مشروع وعقل الواحد بازيد من الدية لم يرد به شرع فافترقا لذلك تنبيه قال ابن عرفة
رحمه الله وقعت في كتاب الاستغناء لابن العربي ان اقام المدعي بينة نقل عن مالك انه يقتل
من الجماعة اثنان واحد بالقرعة يعني في صورة التمالؤ قال وشذوذه قال ابن عرفة قوله
قوله بالقرعة تحمل قوله على ثبوت القتل بقسامة الجازري وان قبل في شرعية القود

على الجماعة خروج القاعدة فإنه يقتل من ليس قاتلا على الكمال وقد قال الله تعالى
وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس وقتل غير القاتل خروج عن الأمر فلا سبيل إليه قلنا
قد قيل هذا بعض الناس وقال قتل الجماعة بالواحد خارج عن القياس وإنما قلنا إن الجماعة
تقتل لما روي أن عمر رضي الله عنه ولتنزيل هذا المسلك من قبيل ما عند الحنفية بأن الجماعة تقتل
بمقتضى القاعدة التي نبه على مطلقها بقوله ولكم في القصاص حياة فجعلها من شرعية
القود بقطع الا... عن الدماء فلو لم يشرع القود على القاعدة لاتخذت الكلمة الاستعانة
ذريعة إلى سفك الدماء فوجب القصاص بمقتضى حكمة القاعدة الضرورية وقال أيضا
عن الدماء فتبنيه على الاحتياط من هذا على الحيوانات للجنايات وهو على خلاف قاعدة
الحدود إذ الحدود تدرأ بالشبهات والقصاص يثبت مع الشبهة ولذلك تقتل الجماعة
بالواحد تغليبا لأمر الدم فإنه لا يتصور أن يكون كل واحد قاتلا على الكمال إذ المقتول
واحد وتعدد القاتل وأفعال المقتول لا يتبعض ولكن تغليب أمر الدم اقتضى أن يجعل كل واحد
كالمنفرد بالقتل هذه قاعدة شرعية في حياطة الدماء وإنما قال ابن القاسم فيمن
تزوج امرأة فتعلق برجل يرى له حبلا من دلاء ورجعه فلما خاف على نفسه من رجعه خلاه
فمات إنه يضمنه وقال إذا طلب غريمه فأخذ ثم خاف الموت فتركه إنه لا شيء
عليه لأن في مسألة الغريم إنما هو بتفسير ما كان عليه ومن شركة الطالب بفعل ورأى جعه
عن النهي وشاركه بشغل كسره من فعل ورجعه قاله ابن عرفة وإنما استحب في المدونة
للأب والوصي إذا قتل عبد الصغير أن يختارا أخذ المال ولم يستحب ذلك إذا قتل وليه
وحض على القصاص ولأن العبد مال ولا نفع له في القصاص إلا التشفي ولا كذلك الجناية
على وليه أو على القصاص فإنها ليست بمال وفي أخذ المال عنها معرة عليه و
والله سبحانه أعلم وبه التوفيق وقال مؤلفه أحمد بن يحيى لطف الله به
في الحالات والجميع هذا آخر ما توجهت إليه العناية والحمد لواهب الفضل
بلا نهاية والشكر له على ما أولى من الفضل والهداية والصلاة والسلام الأتمان
على سيدنا ومولانا محمد المنقذ من غمرات الجهل وظلم الغواية وعلى آله وأصحابه
وأحبابه وأزواجه المثنى عليهم في غير ما آية صلاة وسلاما تجريان بلا حد ولا غاية
وكان الفراغ من جمعه وتقييده وإملائه وتحريره بفضل الله تعالى وتيسيره
وتوفيقه وتسديده خامس عشر ربيع الثاني عام خمس وثمانين وثمانمائة عرفنا الله

الله خيرا ووفانا سوء فعله منزلا ولا حول ولا قوة الا بالله العلي العظيم
وهو حسبنا ونعم الوكيل وصلى الله على سيدنا ومولانا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليما

أن الملازم 22 الأول بتصحيح الفقيه العلامة سيدي احمد الرهوني والملازم العشر
بتصحيح الشريف العلامة مولاي الكامل مولاي الحسن الكتاني الحسني والنزيه العلامة
مولاي احمد الشبيهي كان الله للجميع آمين
بمعرفة الطالب ابن عمرو تصحيح الملازم العشر الاخيرة من هذا الكتاب
وفق الله باذن المنتسخ منه لعدم وجود غيره وعمر بن سعيد الركائي الكناسي
كان الله لهما بمنه آمين




Dei
Sub Numine
Viget











